

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**  
**Magistrado Ponente**

**SP338-2019**

**Radicación 47675**

(Aprobado en acta No. 36)

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL, contra la sentencia de 17 de noviembre de 2015, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la emitida el 11 de septiembre del citado año por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como responsable en la modalidad de cómplice de porte ilegal de arma de fuego agravado, en concurso heterogéneo en grado de tentativa con los delitos de homicidio agravado y hurto calificado agravado.

**HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL**

Ante el aviso ciudadano de un hurto en un establecimiento comercial, dado a eso de las 9 de la mañana del 4 de abril de 2014, miembros de la Policía Nacional acudieron al inmueble de la carrera

*R. F. Carlier*

103 N° 23-D 48 barrio La Cabaña de esta ciudad capital. En el lugar Robinson Plazas les indicó que tres sujetos con armas de fuego ingresaron al local comercial "*Merkemos Aliados Surtimax*", le exigieron al empleado Junior Alexander Plazas el producido del día, quien opuso resistencia, por lo que uno de los asaltantes le disparó hiriéndolo gravemente, luego de lo cual emprendieron la huida a bordo del taxi de placas VDK867.

Por lo anterior, en la Avenida La Esperanza con carrera 87 unidades de la Policía interceptaron el aludido vehículo, capturaron a DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL, quien lo conducía, hallando en el interior del rodante un revólver Smith & Wesson N° D520081, con cinco cartuchos y una vainilla.

El 6 de abril de 2014, ante el Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia en la cual se legalizó la captura de DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL. En el mismo acto la Fiscalía le formuló imputación como coautor de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado, ambos ilícitos en la modalidad de tentativa, y porte ilegal de arma de fuego agravado. También se solicitó que fuera afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad. El imputado no aceptó los cargos y le fue impuesta la aludida medida cautelar de carácter personal.

Presentado el 27 de junio de 2014 el escrito de acusación citando los ilícitos a que se aludió en la audiencia de imputación y el mismo grado de participación, de conformidad con los artículos 103, 104 numeral 2°; 239, 240, inciso 2°; 241, numeral 10°; 365, numeral 5° del Código Penal. La audiencia de acusación se realizó el 20 de febrero de 2015 en el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Funciones



2

de Conocimiento de Bogotá, audiencia en la que los hechos y la imputación jurídica fueron idénticos a los atribuidos en las anteriores actuaciones del proceso penal.

Posteriormente, en ese despacho judicial, el 16 de abril de 2015 al dar inicio a la audiencia preparatoria la fiscalía y la defensa anunciaron que el 14 del mismo mes y año habían llegado a un preacuerdo con el procesado en el cual aceptaba los cargos por los cuales fue acusado y como consecuencia de tal aceptación el ente investigador le otorgaba como único beneficio degradar la calidad de coautor a la de cómplice. En esa oportunidad la juez suspendió la diligencia toda vez que no había claridad de la previa indemnización a todas las víctimas.

Reanudada la audiencia el 20 de mayo siguiente, la Fiscalía precisó que el 7 de mayo anterior se había celebrado una conciliación en la cual familiares del inculcado le pagaron \$4.000.000 a los hermanos Robinson Eliécer y Junior Alexander Plazas Moreno quienes fungían como víctimas, insistiendo por ello en el preacuerdo al leerlo en los siguientes términos:

**“DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL** con cédula de ciudadanía número 1.031.126.203 expedida en Bogotá, en forma libre, voluntaria e informado, asesorado y acompañado de su abogado defensor, decide **ACEPTAR** los cargos por los cuales se presentó escrito de acusación, de los cuales da cuenta el numeral anterior, esto es, como **COAUTOR** penalmente responsable del delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS PARTES Y MUNICIONES AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON EL DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO EN LA MODALIDAD DE TENTATIVA Y HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN LA MODALIDAD DE TENTATIVA**, de conformidad a lo normado en los artículos 31, 27, 365 numeral 5°, 103 y 104 numeral 2° y 239, 240 inciso 2°, 241 numeral 10° del C.P.”

*[Handwritten signature]*  
3

Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo previsto en el Art 350 del C.P.P. numeral 2° que dice: **Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena'** pacta como **ÚNICO BENEFICIO POR LA ACEPTACIÓN DE CARGOS VÍA PREACUERDO**, la concesión de la aplicación de lo previsto en el Art. 30 del C.P. que refiere: 'Participes. Son participes el determinador y en cómplice', es decir que se degrada la calidad de **COAUTOR** del acusado a **CÓMPLICE.**" (destacados y mayúsculas integrados al texto).

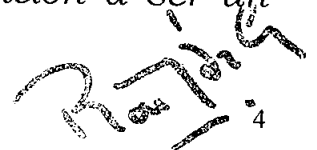
"De esta manera, se partirá de la pena **MÍNIMA** establecida por el legislador para el delito más grave, como es el consagrado en el Art. 365 del Código Penal que estipula pena de nueve (9) años a doce (12) años de prisión, duplicada conforme a lo establecido en el Art. 365 Numeral 5 del Código Penal, e incrementada hasta en otro tanto por el concurso de conductas punibles, toda vez que no obra en contra del acusado antecedente penal."

El juzgado de primer grado le impartió legalidad al preacuerdo y por sentencia de 11 de septiembre de 2015 declaró la responsabilidad del procesado así:

"La autoría en cabeza de **DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL** quedó establecida mediante su captura en flagrancia, al ser perseguido y alcanzado por la policía en la Avenida La Esperanza con carrera 87, después de haber ingresado a hurtar a un local comercial con dos sujetos más, donde le causaron heridas a uno de los trabajadores y a quien en el registro del vehículo taxi donde se transportaba se le halló un arma de fuego tipo revólver calibre 38 marca Smith & Wesson.

(...)

El 20 de mayo de 2015 **DAVID ANDRÉS RINCON BERNAL** y su defensor suscribieron un preacuerdo con la Fiscalía, donde acepta los cargos imputados del punible de hurto calificado y agravado tentado en concurso heterogéneo con el punible de porte ilegal de armas de fuego agravado y homicidio gravado tentado y como único beneficio para efectos del preacuerdo, la fiscalía le degrada su participación de coautor a cómplice, preacuerdo que fue aprobado por este Despacho por ... respetar garantías y derechos fundamentales del imputado y en atención a ser un

  
4

*infractor primario, la edad del mismo y no tener antecedentes penales.*

*(...)*

*DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL es cómplice del delito de 'fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios o municiones' en concurso heterogéneo con los delitos de "homicidio agravado tentado y 'hurto calificado y agravado tentado'".*

En la parte resolutive del fallo en mención, la responsabilidad por el grado de partición se definió expresamente así:

*PRIMERO. Condenar a DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL, ..., como cómplice responsable .....*"

En consecuencia, le impuso la pena principal de ciento noventa y tres (193) meses de prisión, mismo lapso en el que fijó las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

El a quo para tasar la pena partió de 216 meses de prisión como mínima del porte ilegal de armas agravado y le agregó por el concurso de los delitos la cantidad de 140 meses por el homicidio agravado tentado y por el hurto agravado calificado tentado hizo un incremento de 30 meses. Concluyó que la pena por el concurso de reatos ascendía a 386 meses de prisión, guarismo al que restó la rebaja de pena por la condición de cómplice aceptada como beneficio en el preacuerdo, para concluir que la pena a imponer era de 193 meses de prisión, lapso por el que impuso la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas y la privación del derecho a tenencia de armas.

*Rincón Bernal*  
5

Inconforme con la tasación de la pena por razón del concurso delictual, el defensor presentó recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de 17 de noviembre de 2015, confirmó la condena de RINCÓN BERNAL como cómplice de los citados delitos, no sin antes criticar el preacuerdo *“dado que la captura en flagrancia restringía las rebajas punitivas a lo establecido en el párrafo del art. 301 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011. La Sala no puede pronunciarse sobre actuaciones que ya cumplieron su propósito convirtiéndose en ley del proceso puesto que la depuración puede generar desmedro en los intereses del inculcado y por esa vía desconocer la prohibición constitucional de non reformatio in pejus”*.

El Tribunal, luego de corregir el error en el que incurrió el *a quo* en el proceso dosimétrico por no haber individualizado previamente la pena para cada delito con el grado de complicidad, sino que después de tasada la pena aplicó el descuento por el grado de participación, arribó al mismo guarismo que había fijado el *a quo* de 193 meses de prisión, confirmando en la parte resolutive la providencia impugnada.

Así, entonces, el Tribunal, luego de establecer el marco de punibilidad y los cuartos, eligiendo el que correspondía, individualizó la pena para el porte de armas agravado en 108 meses de prisión, el homicidio agravado tentado en 100 meses de prisión y para el hurto calificado agravado tentado en 18 meses de prisión. Para el concurso optó como pena básica la del porte de armas de 108 meses la que incrementó en 85 meses (75 meses por el homicidio agravado tentado y 10 meses por el hurto agravado calificado tentado) para una pena definitiva impuesta de 193 meses de prisión.

A handwritten signature in black ink is written over a circular official stamp. The signature is slanted and appears to be 'R. Rincón Bernal'. The stamp contains some illegible text and a small number '6' at the bottom.

El defensor impugnó extraordinariamente el fallo de segundo grado y allegó la demanda de casación, que luego de admitida fue sustentada ante esta Sala.

### **DEMANDA**

Sin cuestionar la responsabilidad penal en la calidad de cómplice por la cual se condenó a DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL, formuló un cargo por violación directa de la ley sustancial ante la errónea interpretación de los artículos 31, 55, 60 y 61 del Código Penal, al estimar que la tasación por el concurso delictual no se ajustó a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Expuso que el Tribunal en la redosificación partió de 108 meses de prisión por el delito de fabricación, tráfico o porte ilegal de armas, a los cuales incrementó 75 meses por el ilícito de homicidio en el grado de tentativa y 10 meses por el hurto calificado y agravado también tentado, para un total de 193 meses de prisión, sin que mediara motivación de tales aumentos y desconociendo que por el concurso se debe hacer el incremento sólo por una sola vez.

En consecuencia, al considerar que a su asistido le fue impuesta una pena alta, solicita a la Corte su redosificación.

### **AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN**

#### **1. El demandante**

El defensor se mantuvo en sus argumentos y su pretensión.



7

## 2. El representante de la Fiscalía.

Consideró que el censor tiene razón en cuanto no hay una argumentación del aumento de la pena por el concurso de delitos, y que si bien ello aparejaría nulidad por violación del debido proceso, ese yerro se puede enmendar motivando tal individualización.

Se mostró conforme con la petición del censor de redosificar la pena impuesta tras poner de presente que en el preacuerdo, además de degradar la responsabilidad de RINCÓN BERNAL a la de cómplice, al indicar que la pena base para el concurso delictivo sería el mínimo legal del delito de porte ilegal de armas por estimarlo de mayor gravedad, las partes defirieron a la ley la definición del delito más grave y no a la individualización judicial que se hiciera para cada punible, de ahí que en su parecer no tendría razón el Tribunal al criticar al *a quo* por no haber dosificado la sanción para cada ilícito.

Aseguró que hay una inversión de los valores constitucionales al ser legalmente más grave el delito de porte de armas agravado frente al homicidio agravado en el grado de tentativa, lo cual explicaría el aumento del 69% aplicado al concurso, porque si el ilícito de mayor entidad hubiera sido el atentatorio contra el bien jurídico de la vida, el aumento no habría sido tan exagerado y hubiera correspondido por ahí a uno o dos meses por los ilícitos concurrentes.

Pidió entonces a la Sala casar el fallo y estudiar la forma de corregir el desfase legal que plantea la situación frente a la axiología constitucional a fin de redosificar la pena con un aumento punitivo razonable.





### **3. La Delegada del Ministerio Público**

Luego de hacer un recuento de la dosimetría realizada de primera y segunda instancia, expuso que en uno y otro caso, a pesar de partir de extremos diferentes, la pena se ajustó a la legalidad, según las previsiones de los artículos 30, 31 y 60 de la Ley 599 de 2000.

Afirmó que si bien la motivación de la pena no fue la mejor, los juzgadores al momento de adecuarla a los criterios legales si consideraron la gravedad de las conductas al tratarse de tres hechos distintos contra la seguridad, la vida y el patrimonio.

Y como el legislador consideró que era más grave el delito de porte de armas, el fallador se ubicó en el primer cuarto punitivo analizando la intensidad del daño y la necesidad de la pena, dando así aplicación a los criterios de los artículo 3° y 61, numeral 3° del ordenamiento sustantivo.

Finalmente, pidió a la Corte un pronunciamiento oficioso acerca de la pena accesoria, porque no existió motivación ni ponderación, además, porque la misma debió adecuarse al sistema de cuartos.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

1. Los problemas jurídicos que le corresponde abordar a la Corporación a petición del recurrente están relacionados con los eventuales defectos argumentativos y de dosificación de la pena por razón del aumento por el concurso delictual en que incurrió el Tribunal, examen que abordará la Sala.



9

De otro lado, se deberán analizar los tópicos que en la audiencia de sustentación del recurso plantearon los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público; de un lado, la inversión de los valores constitucionales al ser legalmente de mayor entidad un delito de porte ilegal de armas agravado que un homicidio agravado en la modalidad de tentativa, y de otro, la tasación de la sanción accesoria ha de hacerse según el sistema de cuartos punitivos.

## **2. El caso concreto.**

En el asunto de trato, el procesado y el defensor convinieron aceptar los delitos que fueron atribuidos en la audiencia de formulación de acusación, conductas cuya calificación jurídica corresponden a la estricta tipicidad de los hechos demostrados en el proceso.

El Fiscal luego de calificar y adecuar las conductas ejecutada por David Andrés Rincón Bernal como típicas de los delitos de porte ilegal de arma de fuego agravado, en concurso heterogéneo con homicidio agravado y hurto calificado agravado, ambos en grado de tentativa y ejecutadas en grado de coautor, la dio a conocer a las partes e intervinientes en la formulación de imputación y acusación.

En las condiciones señaladas, a partir de dicho supuesto el imputado aceptó los cargos y procedió junto con su defensor y el fiscal a negociar el beneficio que consolidó el pacto o preacuerdo que terminó anticipadamente con la acción penal adelantada en este proceso contra David Andrés Rincón Bernal.



Queda constatado entonces que la calificación de la conducta consumada corresponde a las descripciones legales conforme al ordenamiento jurídico vigente y que el beneficio otorgado se negoció a partir de la anterior premisa, lo que le permite a la Sala proceder al examen de los cargos formulados en la demanda de casación, previa las siguientes aclaraciones.

La captura en flagrancia limitaba las rebajas punitivas en los términos del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 —*modificado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011*—, toda vez que luego de ingresar en compañía de dos sujetos más a hurtar en un local comercial, lugar en el cual hirieron gravemente a uno de los dependientes, RINCÓN BERNAL fue aprehendido en la Avenida la Esperanza con carrera 87, en el vehículo taxi de placas VDK-867 que se movilizaba, hallando en su poder un revólver marca Smith & Wesson, la fiscalía en el preacuerdo le atribuyó jurídicamente una participación accesoria como cómplice.

A pesar del yerro de la Fiscalía por no haber tenido en cuenta la flagrancia en la celebración del preacuerdo, lo cierto es que tal circunstancia no es un problema de estricta tipicidad de las conductas ejecutadas y por las que se juzga al procesado.

De otra parte, adicional a lo señalado anteriormente, la legalidad y eficacia del preacuerdo no se puede desconocer en esta sede ni admitirse su cuestionamiento porque la Fiscalía no tuvo en cuenta para el preacuerdo la captura de flagrancia, pues quienes tenían interés jurídico en reclamar no lo hicieron en su oportunidad, además, como el procesado y su defensor son los únicos recurrentes, no es admisible desconocer la prohibición de la *no reformatio in peius*, garantía constitucional en favor del procesado que en este caso

A handwritten signature in black ink is written over a circular official stamp. The signature is cursive and appears to be 'DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL'. The stamp is partially obscured by the signature.

resulta inquebrantable y que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido en forma pacífica y uniforme, ejemplo de ello, entre otras, es la SP 10362018 (43533) de abril 11 de 2018.

### **3. De la motivación y dosificación de la pena**

Indiscutiblemente el sentido o la explicación de la decisión judicial constituye un supuesto que materializa el debido proceso. Ofrece conocimiento, seguridad y certeza jurídica de lo resuelto, además de facilitar el ejercicio del derecho de confrontación a través de la impugnación, para rebatir lo decidido.

Esa justificación de la decisión debe abarcar no solo a las categorías jurídicas que integran el delito, además de la adecuación típica y la correspondiente declaración de responsabilidad, también debe comprender la atribución de las consecuencias, esto es, la sanción, en sus aspectos de naturaleza, modalidad y duración, entre otros, de ahí que el legislador haya establecido la obligación para el juez de motivarla, al señalar el artículo 59 del C.P. que: *“Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”*.

Así mismo, el artículo 3° del citado estatuto sustantivo dispone como norma rectora que la imposición de la sanción (denominación más omnicomprendensiva de los propósitos del derecho penal) debe responder a criterios humanísticos y dignificantes, como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad para que acompañen las funciones de aquella, lo cual conlleva a que el juzgador realice un ejercicio de ponderación entre la conducta delictiva y la consecuencia a imponer.



La tarea del juzgador en la dosificación de la pena se rige por una discrecionalidad reglada en la individualización e imposición, aspectos que ponen límites a los criterios de arbitrariedad en la concreción de la pena, al tiempo que se compagina con el postulado de la legalidad del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el que ha de primar el respeto irrestricto a la dignidad y los derechos de la persona en claro contrapeso al capricho o subjetivismo judicial.

Por eso, cumplida la adecuación típica del comportamiento se han de establecer los límites punitivos previstos por el legislador, a saber:

**3.1. Determinación del marco de la pena por mínimo y máximo (MP).** A través de este marco se establece el mínimo y el máximo de la pena con base en todas las circunstancias concurrentes con la consumación de la conducta punible en el caso concreto, según las previsiones legales.

En la definición del marco de punibilidad se tendrán en cuenta las reglas del artículo 60 del C.P., cuando el aumento o disminución corresponda a una o dos proporciones determinadas o hasta una proporción.

Se deben tener en cuenta no las circunstancias genéricas sino las específicas que agravan y atenúan la ilicitud para el caso concreto (el tipo básico o especial y los subordinados, que tengan la connotación de ser circunstancias especiales y además concurren con la consumación del delito, esto es, deben ser circunstancias delictuales no posdelictuales.



**3.2. Determinación del marco de movilidad (MM).** Éste se obtiene con base en los factores del marco de punibilidad (MP), al máximo de la pena se le resta el mínimo y la diferencia se divide en cuatro partes, el cociente o valor cuantitativo así obtenido como divisor representa el marco de movilidad (MM), monto fijo que opera como factor en todos los cuartos para adicionarlo y determinar el máximo de pena de cada uno de ellos.

**3.3. Determinación de los cuartos de punibilidad (Artículo 61-1 del C.P.).** La pena debe ser fraccionada en cuatro cuartos, cada uno de ellos con un mínimo y un máximo de pena, los que se establecen como se explica a continuación:

**3.3.1. Determinación del cuarto inferior o primer cuarto de punibilidad (PCP).**

El mínimo de la pena de este cuarto (PCP) se integra con el mínimo de la pena prevista y referida en el marco de punibilidad (MP). A este monto se le adiciona el valor del marco de movilidad (MM), el resultado corresponde al máximo de la pena del primer cuarto de punibilidad (PCP).

**3.3.2. Determinación de los cuartos medios de punibilidad.**

Los siguientes cuartos al primer cuarto de punibilidad, esto es, el segundo y tercer cuarto, se denominan *medios*. La conformación de cada uno de éstos, para ser pedagógicos en la tarea propedéutica que ha de realizar la jurisprudencia, se integra así:



**3.3.2.1. Determinación del segundo cuarto de punibilidad (SCP).** La pena mínima del segundo cuarto de punibilidad se estructura así: se parte del máximo del guarismo de pena del primer cuarto (PCP) y éste se incrementa en una unidad (un día), este resultado representa la pena mínima del segundo cuarto de punibilidad (SCP).

La unidad o el día que se agrega para conformar el mínimo de la pena obedece a razones de orden lógico y jurídico, de respeto al principio de legalidad de la pena, pues la misma cantidad no puede integrar simultáneamente cuartos diferentes, así por ejemplo la cantidad de pena máxima del primer cuarto (PCP) no puede ser la misma del mínimo de la pena del segundo cuarto (SCP), ésta última debe partir de un día más como ha quedado explicado por las razones indicadas. Esta regla opera en la construcción de todos los cuartos posteriores al primer cuarto.

La pena máxima del segundo cuarto de punibilidad (SCP) es el resultado de la suma de la pena máxima del primer cuarto (PCP) con el valor del marco de movilidad (MM).

**3.3.2.2. Determinación del tercer cuarto de punibilidad (TCP).** La pena mínima del tercer cuarto de punibilidad se estructura así: se parte del máximo del guarismo de pena del segundo cuarto de punibilidad (SCP) y se incrementa en una unidad (un día), este resultado representa la pena mínima del tercer cuarto de punibilidad (TCP).

La pena máxima del tercer cuarto de punibilidad (TCP) es el resultado de la suma de la pena máxima del segundo cuarto (SCP) con el valor del marco de movilidad (MM).

### **3.4. Determinación del cuarto de punibilidad máximo o número cuatro (CCP).**

La pena mínima del cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) se estructura así: se parte del máximo del guarismo de pena del tercer cuarto de punibilidad (TCP) y se incrementa en una unidad (un día), este resultado representa la pena mínima del cuarto de punibilidad número cuatro (TCP).

La pena máxima del cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) resulta de la suma de la pena máxima del tercer cuarto (TCP) con el valor del marco de movilidad (MM). Necesariamente, por legalidad, el resultado tiene que ser igual al máximo de la pena del marco de punibilidad (MP).

### **3.5. Selección del cuarto de punibilidad aplicable al asunto sub judice (Art. 61-2 del C.P.)**

El juzgador debe seleccionar para cada delito que constituye el problema jurídico a resolver el cuarto de punibilidad aplicable, lo será solamente uno de los determinados con el procedimiento explicado anteriormente, elección que se hará considerando únicamente las circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad de que tratan los artículos 55 y 58 del C.P, las cuales deben estar claramente impuestas.





Para los efectos señalados, se optará por el primer cuarto de punibilidad (PCP) cuando no concurren circunstancias genéricas de menor ni de mayor punibilidad o cuando solamente se puedan tener en cuenta circunstancias genéricas de menor punibilidad.

Se deberán escoger los cuartos medios (segundo cuarto de punibilidad – SCP- o tercer cuarto de punibilidad –TCP-) cuando concurren simultáneamente circunstancias genéricas de punibilidad del artículo 55 y 58 del C.P. (el número, la naturaleza y gravedad de las mismas determinará si se aplica el segundo –SCP- o el tercer cuarto de punibilidad –TCP-).

Se preferirá obligatoriamente el cuarto de punibilidad número cuatro (CCP) cuando en la conducta punible exclusivamente concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad de las que se ocupa el artículo 58 del C.P.

En la selección de los cuartos de punibilidad no se pueden tener en cuenta sino las circunstancias genéricas de punibilidad de los artículos 55 y 58 del C.P. que concurren para cada ilicitud, no las que por su naturaleza son específicas para el delito.

### **3.6. Individualización de la pena (artículo 61-3-4 del C.P.)**

Seleccionado el cuarto de punibilidad que corresponde a las conductas delictivas por las que se condena al procesado, se debe también individualizar por el sistema de cuartos la sanción principal y las accesorias para cada uno de los reatos, salvo las excepciones legales.



La sanción debe estar comprendida entre el mínimo y el máximo del cuarto de punibilidad seleccionado, el guarismo o monto para el caso concreto de la pena principal y accesoria se fija motivadamente con base en los criterios que prevén los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P., a saber: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena, la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, el grado de participación y la eficacia de la contribución o ayuda en relación con los efectos de la conducta punible.

### **3.7. Conductas posdelictuales y su incidencia en la fijación de la pena.**

Individualizada la pena en los términos explicados hasta el numeral número seis de los considerandos de esta providencia, se deben considerar las conductas posdelictuales que tengan incidencia en la pena, las cuales son diferentes con las circunstancias delictuales por el momento en que se presentan en relación con el delito, al instante de la consumación o con posterioridad o aún para poner fin a la ilicitud cuando son acciones permanentes.

El valor del bien para el hurto, para atenuarlo, como en la eventualidad del artículo 239-2 del C.P., es una circunstancia delictual, está presente al momento de la consumación del delito, no es una fenómeno que se dé con posterioridad a ese instante, no es posdelictual, ni es el último acto que pone fin a la antijuridicidad de

la conducta permanente, por tanto esa circunstancia ha de tenerse presente en la fijación del marco de punibilidad (MP) y no después de haberse individualizado la pena.

Son ejemplos de conductas posdelictuales, la rebaja para los delitos contra el bien jurídico del patrimonio económico si el responsable antes de proferirse sentencia de primera instancia restituye el objeto material del delito, su valor o indemniza los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado (artículo 269 ídem), o la rebaja de pena en un monto determinado por allanamiento a cargos o celebración de preacuerdos (artículos 350, 351 y 352 del C de P.P.).

Las conductas posdelictuales no corresponden a condiciones exigidas para la existencia o consumación de la conducta punible, o son posteriores a la realización del primer acto que realiza un delito permanente, poniéndole fin a la consumación de la ilicitud, como se desprende de los ejemplos dados en el párrafo anterior.

Los efectos que producen en la pena las conductas posdelictuales no determinan el marco de punibilidad (MP), solamente se aplica después de individualizada la pena respecto del delito que concurra.

### **3.8. Tasación de la pena en el caso de concurso de conductas punibles.**

Si se está ante la responsabilidad penal por una pluralidad de conductas punibles, el tratamiento punitivo está consagrado en el artículo 31 del Código Penal.

La confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, esta consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.

La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

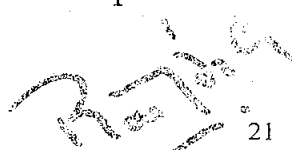
Ese incremento **“hasta en otro tanto”** tiene límites, a saber: i) conforme al artículo 31 del C.P., el incremento no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ii) tampoco la sanción definitiva puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto (sistema de acumulación jurídica de las penas), iii) otro de los topes se relaciona con la prohibición en el concurso de delitos de no superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilicitud que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004), diferencias explicadas por esta Sala, entre otras decisiones, en el Rdo.41350 del 30-04-2014, iv) la no reformatio in peius es otro límite en razón a que

los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto”, no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario, como tampoco lo pudo hacer el juez al resolver la redosificación de penas por acumulación de penas o por principio de favorabilidad.

**3.9. Corrección proporcional y justa por el superior funcional de los errores cometidos al resolver los recursos.** La corrección de los errores por el superior no debe ser caprichosa, arbitraria, debe obedecer a proporciones justas y razonables, como lo tiene establecido esta Sala, pues se deben respetar los criterios de los que se valió el fallador al establecer la pena en concreto en la providencia impugnada, siempre que ellos no sean equivocados o contrarios al orden jurídico.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que si el superior debe modificar la pena para corregir errores al desatar los recursos de apelación o casación o en virtud de la acción de revisión y ahora en caso de la doble conformidad judicial, como cuando se debe eliminar una circunstancia de mayor punibilidad tenida en cuenta en la providencia revisada o impugnada y no imputada en la acusación, o cuando la pena básica tenida en cuenta ha sido modificada por una ley más favorable no aplicada por el fallador cuya decisión se revisa, o se ha calculado equivocadamente el cuarto de punibilidad aplicado, deben hacerse las correcciones con nuevas tasaciones por el superior aplicando una rectificación **proporcional y justa** en relación al monto a imponer como consecuencia de los ajustes que amerite el yerro.

Se debe identificar el error por naturaleza y monto y el porcentaje que representa en la pena equivocadamente tasada, para que sea esa proporción el punto de referencia a considerar para aplicar la



21

corrección, de esta manera se eliminan riesgos de aumentos que desborden la prohibición de la reforma en perjuicio y también para que las partes tengan seguridad jurídica acerca de los criterios que deben regir la tasación de la pena en dichas eventualidades.

Así por ejemplo, en providencia del 18 de junio de 2008<sup>1</sup>, la Corte encontró que el fallador había determinado el primer cuarto de punibilidad equivocadamente para el delito de hurto calificado agravado, pues lo estableció entre 56 y 87 meses de prisión aplicando la Ley 599 de 2000 que no regía para el caso concreto, legalmente correspondía a 28 y 57 meses de prisión, conforme a la norma llamada a regular el asunto que lo era la Ley 100 de 1980.

El a quo con base en el cuarto equivocadamente calculado para individualizar la pena hizo un incremento al mínimo del cuarto seleccionado por el atentado contra el patrimonio económico en una cantidad de 4 meses (56+4) y fijó la pena en 60 meses.

La Corte al resolver el recurso de casación, para corregir el desacierto del *ad quem*, seleccionó el cuarto que legalmente correspondía, el primero (de 28 a 57 meses) y partió de 28 meses y en relación con el aumento de 4 meses hecho con base en el cuarto calculado erróneamente lo convirtió en el porcentaje que representaba, señalando que ese incremento equivalía al 7.14% de la pena, porcentaje o proporción ésta que aplicó al mínimo del primer cuarto de punibilidad correctamente elegido, por lo que el aumento que se decidió realizar fue de 2 meses, para imponer una pena final de 30 meses de prisión (28+2).

---

<sup>1</sup> CSJ, S.P. 18 jun. 2008, rad.29.930.



Obsérvese entonces que la Corte determinó un incremento justo y proporcional con la cantidad considerada erróneamente en la providencia impugnada, no lo hizo de mara discrecional, caprichosa, aplicó una proporción representativa de lo que la primera instancia quiso incrementar y lo trasladó al guarismo que legamente correspondía atender, porque los criterios de individualización de la pena del artículo 60 de Código Penal que aplicó el fallador de instancia para incrementar la pena a imponer eran los que correspondían tener en cuenta y el yerro a corregir era numérico, por lo que el porcentaje del aumento que hizo la Corte fue la proporción que aplicó el a quo en la providencia revisada.

4. El cargo formulado que atribuye al ad quem errores en la determinación del “otro tanto”, es infundado, no le asiste razón al casacionista cuando asevera que para el concurso sólo se puede hacer un solo aumento punitivo, el equivalente a un delito, argumento que excluye sin razón atendible que en la fracción que se adiciona debe tenerse en consideración los varios comportamientos concurrentes a fin de poder identificar el quantum de cada uno de ellos y que integra el valor del “otro tanto”.

En este caso, en el preacuerdo celebrado entre el procesado y la fiscalía no se plasmó como beneficio modificaciones en relación con las reglas para dosificar la pena por el concurso de delitos, ni del otro tanto, el beneficio se vinculó exclusivamente con la coautoría, para que en el fallo se le dé al responsable trato de complicidad.

Bajo las condiciones establecidas en el preacuerdo el juez no podía hacer otra cosa que tasar la pena conforme a las reglas establecidas en la ley penal, los procedimientos aplicados en primera y segunda instancia se evalúan seguidamente.



La primera instancia eligió el delito de porte ilegal de armas de fuego agravado como delito de mayor entidad, fijó el marco de punibilidad entre 216 y 288 meses de prisión y eligió como sanción **216** meses bajo el criterio de aplicar el mínimo previsto. Por el concurso de delitos, procedió así: adicionó 170 meses, de los cuales **140** meses lo fueron por el homicidio agravado en el grado de tentativa y por el hurto calificado agravado tentado adicionó **30** meses más, una vez estimó que el procesado había indemnizado a la víctima Alexander Plazas Moreno con \$4.000.000 en el atentado contra el patrimonio económico.

Al totalizar la pena con los guarimos señalados, concluyó que el total de **386** meses de prisión y por razón del beneficio pactado en el preacuerdo se debía reducir la sanción con base en el artículo 30 del C.P. y lo dispuesto en el artículo 60 # 5° ibídem, que autoriza una reducción de la  $\frac{1}{2}$  al mínimo y de la  $\frac{1}{6}$  parte al máximo, por lo que tras hacer la operación aritmética da una pena definitiva a imponer de 193 meses de prisión.

Por su parte, el Tribunal al conocer del recurso de apelación, puso de presente los errores del juez de primer grado en la dosificación de la pena, por no haber cuantificado previamente la sanción para cada delito, considerando los límites mínimos y máximos con las circunstancias que los modificaban, así como la calidad de cómplice pactada, y tras realizar la respectiva individualización, concluyó que la pena fijada por el *a quo* estaba dentro de los límites legales.

En efecto, asumió el delito de porte de armas de fuego con un marco de punibilidad de 216 a 288 meses de prisión, rango al cual



tras la disminución pactada en el preacuerdo por la complicidad quedó entre 108 y 240 meses de prisión, se ubicó en el primer cuarto punitivo de 108 a 141 meses y fijó la sanción en el límite inferior de **108 meses**.

Por el ilícito de homicidio agravado de 400 a 600 meses de prisión, tras las reducciones por la tentativa y la complicidad, arrojaron un marco de punibilidad de 100 a 375 meses de prisión, también se situó en el primer cuarto punitivo de 100 a 168,75 meses, fijando la sanción en **100 meses**.

Y en cuanto al punible de hurto calificado agravado tentado consideró un marco de punibilidad de 144 a 336 meses, una vez hechos los descuentos por la tentativa y complicidad, quedó el marco entre 36 y 210 meses de prisión, eligió el primer cuarto punitivo e individualizó la pena en 36 meses de prisión, a los cuales redujo la mitad por la conducta posdelictual de la indemnización integral a las víctimas, dejando la prisión en **18 meses**.

Tomó la pena más grave de 108 meses de prisión del delito de porte de armas de fuego de uso civil, a los cuales adicionó 75 meses por el delito atentatorio contra el bien jurídico de la vida y 10 meses más por el atentado contra el patrimonio económico, para una pena definitiva a imponer de **193 meses de prisión**.

Para analizar el cuestionamiento del demandante de si la imposición y cuantificación de la pena se ajustó a los criterios legalmente establecidos es necesario hacer el siguiente cuadro ilustrativo de la tasación:



	<b>PORTE ILEGAL DE ARMAS AGRAVADO</b> Art. 365	<b>HOMICIDIO AGRAVADO</b> Arts. 103 y 104	<b>HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO</b> Arts. 239, 240, 241
<b>Límites punitivos</b>	216 a 288 meses	400 a 600 meses	144 a 336 meses
<b>Tentativa</b> (Art. 27) Reducción $1/2 - 3/4$		200 a 450 meses	72 a 252 meses
<b>Complicidad</b> (Art. 30) Reducción $1/6$ a $1/2$	108 a 240 meses	100 a 375	36 a 210 meses
<b>Primer cuarto punitivo. Aplica el mínimo.</b>	108 a 141 meses	100 a 168,75 meses	36 a 79,5 meses
<b>Individualización.</b>	<b>108 meses</b>	<b>100 meses</b>	36 meses
<b>Reparación</b> (Art 269). <b>Conducta posdelictual.</b>			<b>18 meses</b>

Con esta perspectiva, la Corte no advierte desafuero en el proceso dosimétrico del Tribunal cuando individualizó las penas para cada uno de los comportamientos y partió del porte de armas de fuego agravado por ser el de mayor gravedad, porque éste no solo fue el convenido en el preacuerdo: *“se partirá de la pena MINIMA establecida por el legislador para el delito más grave, como es el consagrado en el Art 365 del Código Penal que estipula —sic— pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión, conforme a lo establecido en el artículo 365 inciso 3° numeral 5° del Código penal”*, sanción que se fijó en 108 meses de prisión.

Es entendible que el fallo confutado no haya realizado un análisis explícito para cada una de las conductas acerca de la mayor o menor gravedad, el daño real o potencial causado, la intensidad del dolo, etc., porque para todos el Tribunal las individualizó en el mínimo previsto del primer cuarto punitivo, respetando así el preacuerdo, monto que no podía en las condiciones pactadas ser inferior ni superior al impuesto para cada ilicitud.

Lo cuestionable sería entonces la dosificación punitiva del concurso, para lo cual se debe revisar el incremento que por ese concepto hizo el a quo y el ad quem, a fin de establecer si se respetó la prohibición de la reformatio in peius y la proporción justa con la corrección por el superior funcional de los errores en los que incurrió el a quo.

La primera instancia fijó como pena más grave 216 meses de prisión y la incrementó por el otro tanto en 170 meses, de los cuales 140 meses correspondían al atentado contra la vida y 30 meses al ilícito contra el patrimonio. Estos guarismos los sumó y obtuvo un guarismo de 386 meses a los que dijo reducir por la complicidad pactada en el preacuerdo, aplicando la rebaja del 50% al mínimo por virtud de lo establecido en el artículo 30 del C.P. (complicidad) y el preacuerdo, lo que arrojó una pena definitiva impuesta de 193 meses de prisión.

El examen del procedimiento aplicado por la primera instancia evidencia que el a quo rebajó un 50% el mínimo de 216 meses por el porte de armas, quedando en 108 meses de prisión y para el aumento del otro tanto de 170 meses, se adujo aplicar la misma regla de rebaja para el hurto agravado tentado (30 meses) y el homicidio agravado tentado (140 meses), por lo que el incremento de hasta otro tanto por estos dos últimos delitos fue de 85 meses de prisión.

El Tribunal tomó la pena más grave de 108 meses de prisión del delito de porte de armas de fuego de uso civil, a los cuales adicionó 75 meses por el delito atentatorio contra el bien jurídico de la vida y 10 meses más por el atentado contra el patrimonio económico, para una pena definitiva de **193 meses de prisión.**



27

Con lo anterior se evidencia que el Tribunal al revisar la dosificación de la pena impuesta por el a quo y mantener el monto de la misma en 193 meses de prisión no vulneró los supuestos de la prohibición de la *reformatio in peius* ni de la justa proporción aplicada al hacer las correcciones de los errores cometidos por la primera instancia, desaciertos que consistieron en el orden a aplicar el tipo amplificador de la complicidad y no haber individualizado para cada delito la pena, lo que no alteró finalmente el guarismo que correspondía imponer por los delitos que fue declarado responsable ALZATE SALDARRIAGA.

Por eso la misma cifra del a quo y que fijó el Tribunal tras la redosificación de la pena, se muestra ajustada a la legalidad, por cuanto no se desconoció el beneficio pactado para RINCÓN BERNAL, ni sobrepasó la suma aritmética de las tres conductas individualmente consideradas, ni superó el otro tanto de la fijada para el delito base, ni el límite máximo permitido para el concurso de delitos.

Si bien como lo denuncia el libelista y lo avalan los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público hay deficiencias en la fundamentación del aumento punitivo por razón del concurso, la misma no constituye *per se* motivo de nulidad, toda vez que no se advierte que se haya impedido el entendimiento del sentido de la decisión.

Nótese que el Tribunal una vez seleccionados los cuartos de movilidad para cada uno de los ilícitos, sopesando la afectación que a los mismos les hacía los amplificadores del tipo por tentativa y complicidad, se ubicó para efectos de su individualización en el

primer cuarto conforme con lo previsto en el artículo 61 del Código Penal, incluso consideró la rebaja por indemnización de perjuicios para el ilícito de carácter patrimonial, escogiendo adecuadamente como delito de mayor gravedad el de porte ilegal de armas de fuego, tras lo cual aplicó las reglas del concurso delictual contempladas en el artículo 31 del mismo ordenamiento sustantivo para aumentar 75 meses por el delito contra la vida y 10 por el del patrimonio económico.

La decisión de incrementar la pena del delito base para imponer un total de 193 meses de prisión, no se advierte contraria a la normatividad, ni tampoco se avizora caprichoso el ejercicio del poder discrecional en ello, pues la suma de cada una de las penas no sería superior al incremento aplicado por razón del concurso, de ahí que los principios de legalidad y proporcionalidad en el proceso sancionatorio no resultaron alterados.

Ciertamente, no media exageración o desproporción en esa adición, porque no se puede soslayar que, además del intento de apoderarse de los dineros en el establecimiento comercial, otro de los delitos concurrentes era el de homicidio agravado en la modalidad de tentativa representado por la herida que sin miramientos le fue causada al empleado Alexander Plazas cuando opuso resistencia al atraco la cual le comprometió órganos vitales *“vísceras sólidas y huecas...con pérdida masiva de sangre que indefectiblemente lo llevaba a la muerte de no haber recibido atención médico quirúrgica oportuna como la que efectivamente recibió”*.



Consecuentemente, el reproche planteado por el demandante no está llamado a prosperar.

## **5. De las sanciones accesorias.**

Las instancias impusieron a DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de tenencia de armas por un lapso igual a la pena principal impuesta, esto es, 193 meses.

La crítica de la Delegada del Ministerio Público acerca de la imposición de las penas accesorias por no registrarse en los fallos motivación para imponerla, ni tener en cuenta el sistema de cuartos punitivos, la sala en el examen oficioso del problema jurídico planteado a la luz de las garantías del debido proceso y legalidad, lo encuentra parcialmente fundado el reproche.

### **5.1. El sistema de cuartos en la imposición de las penas accesorias, cuando la condena se profiere con base en un preacuerdo.**

El sistema de cuartos lo ha decidido mayoritariamente esta Sala debe aplicarse en la imposición de las penas accesorias, su omisión afecta el debido proceso.

La regla expresada en la línea jurisprudencial referida tiene excepciones como la del inciso 5 del artículo 3 de la Ley 890 de 2004 que adicionó el artículo 61 del C.P., a través del cual se establece que “El

*sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la Defensa”.*

El alcance de la excepción establecida en la Ley 890 de 2004 para el sistema de cuartos en los casos de preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía, el procesado y el defensor, no puede tener un entendimiento diferente a que solamente resulta vinculante cuando las penas accesorias han sido objeto de preacuerdo o negociación.

No significa la regla legal en examen que perentoriamente se deba no aplicar el sistema de cuartos, ninguna garantía se afecta si por preacuerdo las partes pactan que a pesar de ese mandato normativo su voluntad para el caso concreto el juez dosifique las penas accesorias a través del sistema de cuartos.

Por tanto, si la acción penal culmina como en el presente caso, a través de un preacuerdo, en el que las partes no negociación lo relacionado con las penas accesorias a imponer, guardaron silencio en esa materia, lo que procede es aplicar la tasación de las penas accesorias por las reglas generales establecidas por la ley procesal penal y la jurisprudencia, esto es, por el sistema de discrecionalidad reglada por el sistema de cuartos.

## **5.2. Pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.**

Como ha quedado explicado en el acápite anterior, el preacuerdo no versó sobre las penas accesorias y por tal razón la dosificación de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta en los fallos de instancia por el término de la pena principal se ha de

examinar conforme a las reglas de la ley penal, la jurisprudencia y la única limitación que en este caso tiene aquella por el preacuerdo en relativo a la calidad de cómplice pactada como beneficio, que es la condición representativa del beneficio pactado.

Es de advertir que los delitos por los que aceptó cargos el procesado tienen prevista pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas como accesoria y por el término de la pena principal.

El artículo 52-3 del C.P. regula la imposición de la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas, así:

“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 exceder el máximo fijado en la ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2° del artículo 51”.

La premisa normativa de marras prevé las siguientes hipótesis: i) el juez impone la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal impuesta, ii) el juez impone la susodicha pena accesoria adicionando al término de la pena principal una tercera parte más y, iii) cuando se impone la referida inhabilitación por delitos que causan daño al patrimonio del Estado (“salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”), debe ser principal y a perpetuidad, pues a estas es que se refiere la excepción del artículo 51-2 del C.P.

Conforme a la previsión legal, las únicas modalidades que obligan a dosificar la pena por el sistema discrecional reglado de cuartos son las que imponen la pena accesoria únicamente por el





lapso de la pena principal o se incrementa hasta en una tercera parte.

En este caso, el Tribunal aplicó la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas conforme a la primera hipótesis regulada en el artículo 52-3 del C.P., esto es, por un lapso igual a la pena principal y como el monto de ésta última lo estableció aplicando el sistema de cuartos para definir la pena principal, tiene que aceptarse que en el sub jucie al hacer la equivalencia ordenada por la ley que la accesoria sea por el mismo monto de la principal, se ha de admitir que el fallador se sustentó en el procedimiento establecido por la ley y la jurisprudencia para dosificar e imponer la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

En relación con la motivación de la pena las razones por las que no se ha quebrantado las garantías de las partes son las mismas que se indicarán para la accesoria de privación del derecho tenencia o porte de armas, por lo que hacemos remisión a lo que se diga al respecto en el numeral siguiente.

### **5.3. Pena accesoria de privación del derecho a la tenencia o porte de armas.**

El Tribunal impuso la privación de la tenencia y posesión de armas equiparando el tiempo al mismo de la pena principal liquidada con base en el sistema de cuartos, por lo que su dosificación no es acertado atribuiría hecha sin haberse acogido dicho procedimiento, tal y como quedó explicado este tema para la imposición de la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas.



En relación con la motivación de la pena, es lesivo de las garantías judiciales no motivarse su imposición, sin embargo debe destacarse que la Corte ha señalado con anterioridad que no puede aducirse omisión de esa índole cuando se trata específicamente de los delitos contemplados en los artículos 365 y 366 del citado estatuto punitivo y en la decisión se han evaluado los hechos y las pruebas que sustentan la materialidad de las conductas punibles.

Efectivamente, en CSJ SP. 11 mar. 2015, rad. 43881 en relación con los comportamientos punibles de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, sea que se trate de esas solas conductas o concurren con otros ilícitos, se recalcó que *“se entiende cumplida la garantía de motivación de la imposición de la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, con la declaración en la sentencia de que el procesado fabricó, traficó o portó armas de fuego o municiones ‘sin permiso de autoridad competente’. En otras palabras, la declaración judicial de que ajustó su comportamiento a cualquiera de las conductas descritas en los artículos 365 o 366 del Código Penal (también al artículo 367 ibídem), constituye suficiente fundamento para privar del mencionado derecho al condenado”*, lo que implica alusión a los contenidos fácticos y probatorios que sustentan el porte ilegal del arma.

En ese sentido, se indicó que no sería sensato exigir en los fallos una fundamentación adicional a la que se hace en la condena por delitos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones, para determinar la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego *“Simple y llanamente porque se plantea lógica, necesaria y proporcional su deducción en tales casos. No se entendería que a quien*

*se reprocha penalmente fabricar, traficar o portar armas de fuego o municiones, o armas químicas, biológicas o nucleares, no se le despoje del derecho a poseerlas por el tiempo que permita la ley”.*

Aquí es claro que en el fallo se plasmaron los argumentos que denotaban el aspecto objetivo del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y el compromiso de DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL en el mismo, amén que luego de examinarse los hechos y lo soportado en los elementos de prueba de los que se valió la Fiscalía se concluyó que el arma de la que se valió para atentar contra la vida de una persona y doblegar la voluntad de uno de los empleados del establecimiento para afectar el patrimonio económico, ilícitos que en esas condiciones incluso aceptó voluntariamente su responsabilidad el inculpatado, otorgándose como beneficio la degradación a la de cómplice.

Además, no hay duda de la relación directa de la sanción accesoria con la ejecución de los punibles de porte de armas ilegal, tentativa agravada de homicidio y tentativa de hurto agravado y que precisamente la restricción del derecho a portar armas de fuego puede contribuir a la prevención de conductas de la misma especie.

Ahora, en relación con su tasación con acatamiento del sistema de cuartos, previsto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, ha sido materia de análisis por la Corporación para concluir que al estar emparejado con el principio de estricta legalidad en el proceso de dosificación de la pena, aun tratándose de las sanciones accesorias, su desconocimiento constituye una afrenta a las garantías judiciales (*cfr: CSJ SP, 11 mar. 2015, rad. 44221; CSJ SP 5 jul. 2017, rad. 48659 y CSJ SP. 8 nov. 2017, rad. 48611, entre otras*).

En el proceso de dosificación punitiva por razón del concurso delictual el Tribunal fijó la sanción principal de prisión en 193 meses, señalando que en ese mismo lapso determinaba la pena accesoria de inhabilitación para la privación del derecho a la tenencia o porte de arma de fuego, rango en el cual se advierte como yerro que la aludida sanción accesoria superó el marco legal, situación que lleva a la Corte a su corrección dado que se vulneró el principio de legalidad de la citada pena acompañante de la principal.

Los cargos se formularon con base en las conductas descritas en los artículos 103, 104-2, 239, 240-2, 241-10, 365-5 del C.P., para las cuales no se regula un régimen de imposición de la privación de la tenencia o porte de armas como principal ni por un tiempo superior al establecido en la parte general del Código Penal como accesoria.

El artículo 51 del Código Penal contempla para la privación del derecho a la tenencia y porte de arma como pena accesoria, un mínimo de un (1) año y un máximo de quince (15) años.

El término de la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas establecido en el artículo 51 del C.P. se previó para la infracción consumada, por lo que su tasación en el caso concreto tiene que obedecer a la cometida bajo las circunstancias que la rodearon, su dosificación por tanto se afecta con los tipos amplificadores que concurran, en el caso juzgado, el monto de la pena accesoria de que trata el artículo 51 del C.P. se debe reducir por la tentativa y la complicidad (preacuerdo) predicables de los delitos contra la vida y el patrimonio económico, en tanto que el ilícito consumado contra la seguridad del Estado únicamente se reduce por la complicidad, así se estableció en el negocio jurídico que da lugar a la terminación de este proceso. Además

el atentado contra el patrimonio tiene rebaja por la conducta posdelictual de indemnización integral.

El marco de punibilidad de la pena accesoria de prohibición de tenencia o porte de arma de fuego que establece el artículo 51 del C.P. para los delitos consumados es de un mínimo de 1 año (360 días) y un máximo de 15 años (5.400 días).

El marco de punibilidad referido se modifica en este caso para el homicidio agravado y hurto calificado agravado por la tentativa, por lo que hechas las operaciones con base en la premisa del artículo 27 del Código Penal el mínimo se reduce en la mitad y el máximo en las tres cuartas partes, quedando un marco de 180 días (mínimo) y 4.050 días (máximo). A su vez esta premisa se reduce por la complicidad con base en el artículo 30 del C.P., (se disminuye en un 50% el mínimo y en una sexta parte el máximo) lo que arroja un marco de punibilidad de 90 días (mínimo) a 675 días (máximo) para la pena accesoria en estudio, por lo que el marco de movilidad ( $675 - 90 = 585 / 4 = 146.25$ ), es de 146,25 días.

Como en las instancias se decidió aplicar, por el preacuerdo, el primer cuarto, éste para el caso concreto equivale a un mínimo de 90 días y un máximo de 236 días, y, pactada la imposición de las penas por la menor, para este caso la prohibición de porte de armas como accesoria de la principal corresponde a 90 días para los delitos de homicidio agravado tentado y hurto calificado agravado tentado, pero Para éste último reato por razón de la conducta posdelictual de indemnización integral la sanción se reduce en la mitad, lo que significa que la accesoria de marras para dicho reato es de 45 días.



En lo que tiene que ver para el delito de porte ilegal de arma de fuego de uso civil consumado, el marco de punibilidad referido –artículo 51 del C.P.- (360 días a 5.400 días) se modifica en este caso por la complicidad pactada en el preacuerdo, por lo que hechas las operaciones con base en la premisa del artículo 30 del Código Penal, el mínimo se reduce en la mitad y el máximo en una sexta parte, teniéndose un marco de punibilidad de 180 días (mínimo) a 4.500 días (máximo) para la pena accesoria en estudio, lo que permite establecer que el marco de movilidad es de 1.080 días, que resultan de la siguiente operación:  $(4.500 - 180 = 4.320 / 4 = 1080 \text{ días})$  y por consiguiente el primer cuarto de punibilidad de la pena accesoria para el porte de armas de fuego agravado es de 180 días (mínimo) a 1.260 días (máximo).

Con sujeción a la voluntad de las partes expresada en el preacuerdo y acatada por las instancias, esta corporación tiene que sujetarse a elegir como pena accesoria imponible para el porte ilegal de armas agravado el mínimo del primer cuarto de punibilidad de la pena accesoria en estudio, esto es, 180 días, reglas del mínimo que operan para los demás delitos al dosificar la pena accesoria referida.

La pena accesoria de marras para el porte ilegal de arma de fuego agravado es de 180 días, para el homicidio agravado de 90 días y para el hurto calificado agravado de 45 días, por lo que para efectos de la tasación de la pena por el concurso delictual, la pena más grave o base es la del porte ilegal de arma de fuego equivalente 180 días.

Las instancias al tasar la pena principal o privativa de la libertad por el concurso de delitos incrementaron la más grave por el factor “hasta otro tanto” en un porcentaje de 44,04% (teniendo en cuenta lo que representan 85 meses respecto del total de pena impuesta de 193

meses), de los cuales el 38.86% corresponden al homicidio agravado tentado y el 5.18% al hurto calificado agravado tentado.

La Sala, por idénticas razones a las aducidas en las instancias hará el incremento de la pena accesoria básica por los delitos concurrentes en dichos porcentajes, asumiendo los principios de corrección justa y proporcional que rige para la rectificación de los errores por el superior funcional en los casos de tasación de la sanción, además, que de otra parte, no hay razones atendibles que permitan no acatar esos porcentajes.

Los 180 días de pena accesoria básica o más grave de prohibición de porte o tenencia de armas por el delito de porte ilegal de arma de fuego agravado, se incrementa por el “otro tanto” el 44, 04% conforme a lo explicado, que corresponden a 79,27 días por el concurso del homicidio agravado tentado y el hurto calificado tentado, porcentajes que representan a los estimados exactamente en esa proporción por las instancias, del total señalado el 38.86%, estos es, 69,94 días se adicionan por el delito contra la vida y el 5.18%, esto es, 9.32 días se incrementan por el reato contra el patrimonio económico.

En la imposición final de la sanción se desestiman las fracciones de tiempo en decimales, pues como lo tiene establecido la Sala las penas se fijan en unidades de días completos, por lo que la pena accesoria de prohibición de porte o tenencia de arma de fuego por la que se condena al procesado por el concurso de delitos será de 259 días, esto es, 8 meses y 19 días.

Así las cosas, la Corte casará oficiosa y parcialmente la sentencia de segunda instancia en el sentido de disminuir la pena accesoria de



39

privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego infligida a DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL de ciento noventa y tres (193 meses) a ocho (8) meses y diecinueve (19) días.

**6. Revisión de los valores constitucionales por las consecuencias que se derivan de la tipificación que hizo el legislador de las conductas punibles.**

No sería menester, como lo solicita el Delegado de la Fiscalía, revisar la alteración de los valores constitucionales por ser en este caso de mayor entidad el delito de porte ilegal de armas agravado, frente al ilícito de homicidio agravado en el grado de tentativa, pues ello claramente responde a la libertad de configuración legislativa del Congreso cuando mediante la Ley 1453 de 2011, denominada "*Ley de seguridad ciudadana*" decidió aumentar la punibilidad para el citado delito atentatorio del bien jurídico de la seguridad pública.

Ciertamente, es competencia del Congreso fijar la clase y cantidad de la sanción para cada uno de los delitos, así como la cuantificación que se debe hacer en los casos de concurso de hechos punibles.

De acuerdo con la cláusula general de competencia, la definición de los comportamientos delictivos, como la fijación de las penas al ser un asunto de política criminal, corresponde al Congreso de la República, una vez sometido al estudio de los factores de dañosidad social de las conductas y el reproche que merecen.

Esa función legislativa encuentra límite en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, cuya esencia es la defensa, garantía

A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The stamp contains the number '40' and some illegible text. The signature appears to be 'R. B. B.'.



y protección de los derechos fundamentales, el respeto por la persona humana y su dignidad, así como la vigencia de un orden justo.

Así mismo, la competencia legislativa en materia de punibilidad está acotada por los principios y valores constitucionales los cuales impiden, por ejemplo, la consagración de sanciones perpetuas o indefinidas, penas degradantes o crueles, tortura, destierro, confiscación, entre otras.

Dado que el artículo 133 del texto superior conmina a los miembros de los cuerpos colegiados a actuar consultando la justicia y el bien común, la fijación de la clase y duración de la sanción debe atender criterios racionales a fin de no atentar contra el orden justo, los derechos fundamentales y la dignidad humana, amén de que ha de sopesar el principio de proporcionalidad respecto del comportamiento que se pretende prohibir al propender por la retribución justa en relación con el daño al bien jurídico afectado.

En este orden, en ocasiones por coyunturas sociales para algunos comportamientos por su lesividad y mayor impacto en la comunidad el legislador fija la duración de la pena privativa de la libertad en mayor intensidad respecto de otros hechos.

Esa libertad reglada puede llevarlo incluso a excluir la concesión de beneficios para los autores o partícipes de delitos de cierta entidad, o limitar las rebajas tratándose de sentencias por conformidad buscando estar a tono con el impacto y reproche social que general tales comportamientos y sus conexos.

Precisamente en la exposición de motivos de la que luego sería la Ley 1453 de 2011, que aumentó las penas para el delito de porte ilegal de armas, se indicó que con ella se buscaba: *“dictar medidas preventivas que aseguren y mejoren la seguridad ciudadana y fortalezcan los organismos del Estado en la lucha contra el terrorismo mediante el establecimiento de ciertas reformas al Código Penal, (entre otros ordenamientos)...Dichas medidas tiene principalmente cuatro objetivos primordiales que son: eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo, aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción de dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales. En materia penal el proyecto busca establecer mecanismos que eliminen la impunidad y mejoren la técnica legislativa en la redacción de algunos tipos penales, tales como, el aumento de penas a ciertos delitos con el fin de evitar la excarcelación...”*

Fue así querer del legislador aumentar la sanción para el delito en comento con un carácter preventivo y de protección a la comunidad ya que el uso de armas por su capacidad para lesionar pueden afectar la integridad de las personas. Por ser un delito de peligro, el prohibir el porte, tenencia y demás conductas relacionadas con elementos bélicos busca frenar de alguna manera la creación de oportunidades para cometer otros delitos.

Pero así como no hay fundamento alguno para redosificar la sanción impuesta a RINCÓN BERNAL, porque la operación hecha por el Tribunal no se denota irrazonable, no se podría acceder al pedimento del Delegado de la Fiscalía de trastocar las consecuencias punitivas y tomar como delito base el delito de homicidio agravado en

el grado de tentativa para sobre él hacer los cálculos para los punibles concurrentes, porque ello además de eventualmente afectar el debido proceso por alterar las condiciones contempladas en el preacuerdo, iría en contra de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-121 de 2012 cuando zanjó la controversia acerca de la eventual inversión de los valores constitucionales al analizar precisamente el incremento punitivo “de nueve (9) a doce (12) años” que la Ley 1453 de 2011 introdujo al artículo 365 del Código Penal.

La demanda de inconstitucionalidad de ese agregado denunciaba su desproporción frente a otras sanciones de diverso tipos penales protectores de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal y la libertad sexual, y esa Corporación, tras analizar la libertad configurativa del legislador al tipificar conductas y fijar sus penas, estimó que ese nuevo marco punitivo no desconocía el orden justo.

Preliminarmente concluyó que el demandante pretendía *“que la Corte sustituya al legislador en la valoración del bien jurídico de la seguridad pública y le asigne una pena que, según su criterio personal, debería ser inferior a la establecida para algunos de los delitos que afectan otros bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad sexual y la libertad individual. El ciudadano opone así su propia y personal concepción de lo que debería ser la política criminal en materia de seguridad pública, a la plasmada por el legislador de 2011 en la configuración del tipo penal que cuestiona.”*

Y para declarar su exequibilidad destacó que el interés jurídico de la seguridad pública está signado por un efecto preventivo y protector, para lo cual tomó las consideraciones plasmadas en la

A handwritten signature in black ink is located in the bottom right corner of the page. Below the signature is a circular stamp containing the number 43.

sentencia C-038/95, cuando analizó la constitucionalidad del artículo 201 del anterior Código Penal que contemplaba el delito de fabricación y tráfico de armas de fuego:

*“La restricción del porte de armas y la penalización de quienes no se sometan a las regulaciones estatales son entonces un medio del cual se vale el Estado para proteger los derechos de las personas. La razón de ser de un Estado no sólo está en buscar medidas represivas al momento de cometerse un daño, sino en evitar que se profiera el mismo. Así, el control estatal de las armas constituye un marco jurídico de prevención al daño. En Colombia no existe ningún derecho constitucional de las personas a adquirir y portar armas de defensa personal. Un tal derecho no aparece expresamente en ninguna parte del texto constitucional, y sería un exabrupto hermenéutico considerar que se trata de alguno de los derechos innominados que son inherentes a la persona humana (CP art. 94), cuando todos los principios y valores constitucionales se orientan en el sentido de fortalecer el monopolio de las armas en el Estado, como condición de la convivencia pacífica y democrática. En efecto, la Constitución de 1991 estableció un riguroso monopolio de las armas en el Estado, principio que legitima aún más la constitucionalidad del tipo penal impugnado.*

*La penalización de la fabricación, comercio y porte de armas sin permiso de autoridad competente, corresponde a una política de Estado adecuada para proteger la vida de los ciudadanos, la cual encuentra perfecto sustento constitucional. En el caso Colombiano, por las condiciones que atraviesa nuestra sociedad, el control a la tenencia de armas resulta indispensable para el sostenimiento de la seguridad pública y la realización efectiva de los derechos de las personas”.*

Conforme a lo expresado se casará de oficio y parcialmente el fallo.

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. Desestimar el cargo formulado en la demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia, a instancia del defensor de DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL.

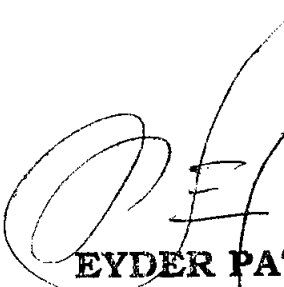
2. CASAR DE OFICIO y PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Bogotá el 21 de mayo de 2016 en contra de DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL.

Como consecuencia de lo anterior, DISMINUIR la pena accesoria privativa del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego que se le fue impuesta a DAVID ANDRÉS RINCÓN BERNAL, a ocho (8) meses, diecinueve (19) días.

3. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume

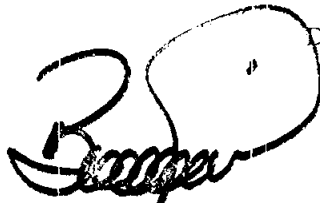
Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

  
**EYDER PATIÑO CABRERA**  
Presidente

EXCUSA JUSTIFICADA  
**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

*Handwritten signature*



**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

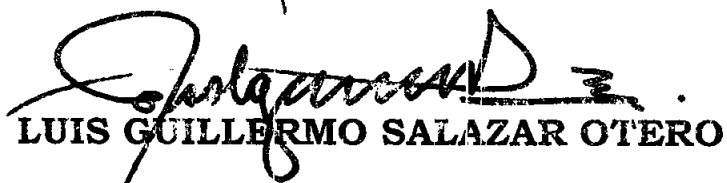


**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

~~**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**~~



**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**



**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria

