

Principia IURIS

16



FACULTAD DE
DERECHO
Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MEN N° 5337
del 25 abril de 2011



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

T U N J A

Experiencia y Calidad

Principia IURIS

Tunja
Colombia

N° 16

pp. 01 - 446

julio
diciembre

2011

ISSN: 0124-2067



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA
COLCIENCIAS A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO

REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 16

Tunja, 2011-2

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	--------	-------------	--------------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás Seccional
Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

CATORCE (16)
SEGUNDO SEMESTRE DE 2011

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 31035

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador: Santiago Suárez Varela

Corrector de estilo:

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente investigador de la Facultad

Revisión Inglés:

Angela Marcela Robayo Gil,
Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Andrés Felipe Torres Cardozo, Harold Yesid Villamarin Preciado, Juan Sebastián Hernández Yunis monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal, la divulgación hecha a Bibliotecas y centros educativos se entiende realizada con fines académicos.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

LA MISION DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

**TRÁMITE EDITORIAL PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS
EN PRINCIPIA IURIS.**

1. *Recepción de Artículos: Los artículos que pretendan publicarse en la revista Principia Iuris deberán ser enviados al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas en formato impreso y digital o al correo electrónico del contacto, los cuales deberán guiarse por el instructivo para autores que aparece en la presente edición.*
2. *Anexo al artículo deberá anexarse la declaratoria de originalidad del artículo presentado, pudiendo guiarse del formato que presentamos en este ejemplar.*
3. *Los artículos que cumplan condiciones mínimas serán seleccionados para ser enviados a Pares Evaluadores; de preferencia externos, con publicaciones en el área y formación investigativa, los cuales tendrán un término de 15 días para su calificación y deberán guiarse INSTRUCTIVO PARA AUTORES PRINCIPIA IURIS*
4. *Los artículos aprobados con condiciones, serán regresados al autor y este tendrá 5 días para su corrección, tras los cuales serán valorados por el editor quien tendrá 15 días para su aceptación o envío a nuevo par académico, en todo caso no se revela el nombre del par a los autores.*
5. *Los artículos rechazados, podrán ser sometidos a una segunda evaluación a solicitud del autor o el editor y podrán ser entregados en ocasiones futuras a la revista.*
6. *Los artículos seleccionados y aprobados sin modificaciones o una vez corregidos, serán enviados a corrección de estilo, edición y al comité editorial para su evaluación final.*
7. *De la decisión del comité editorial, se elaborará un acta, en la cual se exprese el tema tratado, la pertinencia para el quehacer científico y originalidad. En el acta podrán discutirse opiniones no presenciales, ya sea por mecanismos telefónicos o digitales.*
8. *El editor conserva facultades de adecuación del artículo para el cumplimiento de condiciones y requisitos. En todo caso sin alterar la esencia del escrito.*
9. *Tras la impresión, se realizará el depósito legal y la divulgación en formato digital y plataformas oficiales, entregándose a la comunidad científica la versión definitiva para su acceso.*
10. *PRINCIPIA IURIS: Recibe durante todo el año, cartas, comentarios y sugerencias de manera académica de sus lectores.*

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses
Universidad paris X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama
Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero
Universidad de estudios a distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo
Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño
Directora departamento de comunicaciones y mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Diego German Mejía Lemos
National University Of Singapore, Faculty Of Law

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González
Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Docente de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Ph. D. Natalia Barbero

Abogada. Especialista en Derecho Penal. Con Master en Derecho Comparado (USD, Estados Unidos). Doctora en Derecho Penal (UNED, España). Con certificado de Suficiencia Investigadora en la Universidad de Sevilla. Ex - becaria Fulbright. Ex - becaria del Instituto de Cooperación Iberoamericana. Profesora de Derecho Penal y de Derecho Penal Internacional en la Universidad de Buenos Aires (niveles de grado, posgrado y Maestría Penal del Mercosur). Profesora de Teoría del Delito y de Derecho Penal Internacional en el Curso de Especialización del Ministerio Público (Universidad de Buenos Aires). Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional (Posgrado y Maestría) en la Universidad de la Patagonia (Trelew y Comodoro Rivadavia), Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Central del Ecuador. Traductora Pública de Inglés. Traductora oficial del Profesor George P. Fletcher. Secretaria de Relaciones Institucionales de la Revista de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Integrante del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Penal Económico. Responsable de la sección de jurisprudencia de Derecho Penal Tributario de la página web de Derecho Penal Económico (Rubinzal).

Ph.D. Rafael Ballén Molina

Abogado Universidad Libre De Colombia – Bogotá, Especialista Derecho Administrativo Universidad Libre De Colombia, Magíster Universidad de Zaragoza, Doctor En Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza, Director del grupo de investigaciones hombre sociedad estado. Universidad de Zaragoza, Profesor e investigador y doctor en derecho publico por la universidad Zaragoza (España), Director del grupo de investigación hombre-sociedad-estado. Ex Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral, Ex Procurador Delegado- rafaballen@hotmail.com.com.

C. Ph. D. Jorge Luis Quintero Acevedo

Licenciado en Ciencias Sociales y Económicas, Universidad UPTC, Abogado, Universidad Autónoma, Bogota, Especialista en Derecho Medico Sanitario, Universidad del Rosario Magíster en Filosofía y Letras, Universidad de La Salle, Candidato a Doctor en Ciencias Históricas, Universidades de Santa Clara y de La Habana, Cuba. Docente, Universidad Distrital Francisco José de Caldas Facultad de Ciencias y Educación.

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Fray Luís Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División, USTA Tunja, Abogado Universidad Católica Filósofo, Teólogo Universidad Pontificia Bolivariana, Magister (c) Derecho Público USTA.

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad De Nantes Francia, Docente investigador Facultad de Derecho
Teléfono: 7440404-3125430916. Alexisramirezarenas@hotmail.com.

Esp. Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia
Derecho con Especialización en la Universidad Externado de Colombia en
Derecho Comercial y Especialización en la Universidad Del Rosario en
Derecho Procesal Civil

Esp. Daniel Rigoberto Bernal

Abogado Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Privado y Económico. Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

CONTENIDO

Editorial 15

Sección I: Artículos de carácter general para el estudio de la ciencia jurídica

El por qué de los semilleros 19
Dr. Jairo Parra Quijano

Carlos Arturo Torres E Idola Fori 27
Mg. Carlos Gabriel Salazar

La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa..... 39
Mg. Fernando Arias García

La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativo 61
Mg. Fernando Badillo Abril

Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento..... 83
Mg. José Helvert Ramos Nocua

Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano..... 121
Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción 143
Ph.D Yolanda M. Guerra García

Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia 167
Esp. Mario Alfonso Villate Barrera

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 16	pp. 1 - 448	Julio Diciembre	2011	ISSN: 0124-2067
-----------------	-----------------	--------	-------------	-----------------	------	-----------------

El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales. 189
Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa

El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho. 233
Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección II: tema central - ciudadano, estado y justicia: la redivindicación por el respeto de los derechos fundamentales

La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político 289
Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez

Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable..... 307
Esp. José Leonardo Suarez

La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano. 331
Esp. Gustavo Aguilera B.

Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías. 377
Lt. Vanesa S. Alfaro.

Sección III: temáticas internacionales, extranjeras o comparadas

Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad 397
Lic. Genaro Velarde Bernal

La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán 413
Mg. Eyder Bolívar Mojica

EDITORIAL

CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Presentamos a la comunidad académica, jurídica e intelectual, el número 16 de la Revista Institucional, Principia Iuris, del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio - Jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Seccional Tunja, correspondiente al segundo semestre de 2011, en la cual se presentan los resultados definitivos de las investigaciones desarrolladas por los autores, con rigor metodológico y conceptual, habiendo sido aprobados por los pares evaluadores, el comité editorial y el editor.

La investigación únicamente se justifica, en tanto que función sustantiva de la universidad, cuando integra el proceso de enseñanza-aprendizaje y la proyección social, enseñanza que implica el dominio de múltiples competencias las cuales se desarrollan, fortalecen y perfeccionan cuando el estudiante es capaz de desarrollar una investigación, después de todo el desarrollo de un proyecto implica el dominio de un área y la evidencia de la capacidad de tratar un tema con rigor, por lo cual la habilidad cognitiva, lecto-escritural y argumentativa, se ha de desprender de una habilidad para la investigación, un jurista en la vida moderna, no podrá acceder a grados de magister o doctor, ni a publicaciones reconocidas sin la habilidad para la investigación, por eso mismo, son precisamente quienes no han accedido a estos espacios de publicación y titulación, quienes cuestionan pobremente la formación para la investigación, negándose a las exigencias contemporáneas y destinadas como los que no se adaptan, a la extinción.

Por otro lado la proyección social la obtenemos a través de proyecto explícitos de carácter social evidenciados en un claro compromiso por el bienestar de la sociedad, sin embargo no solo mediante el activismo se logra un impacto social de la investigación, sino que el resultado mismo en la ciencia del derecho es el aporte a la comunidad, después de todo la comunidad que goza de un sistema jurídico sólido esta destinada a prosperar, así las cosas el aporte de los procesos de investigación se evidencian por estas diferentes vías, y ante todo, porque el proceso de formación nos permite brindar espacios a nuestros estudiantes para la superación constante, ellos son el principal impacto social de nuestros proyecto y líneas.

Históricamente se nos presentan distintos conceptos en una surte de división excluyente como es el caso de las doctrinas, realista, positivista y naturalista entre las relevancias fácticas normativas y axiológicas, sin embargo nuestras convulsionadas sociedades no necesitan mas razones para separarse y desquebrajarse , al contrario tener los puentes que generen la cohesión necesaria para fortalecer el tejido social sobre el cual desarrollar una sociedad que persiga el interés general debe ser la meta superior del desarrollo investigativo.

En ese orden de ideas esa sedación entre ciudadanos y organización estatal como contendientes separados por los derechos donde uno ejerce su poder para su violación o el otro los reivindica para detener el desarrollo, es una percepción del todo indeseable y anti técnica, pues no son contendores en un rin sino parte del mismo entre reamado que persigue el interés general, el cual en una democracia solo puede entender ese como la construcción de una sociedad que se despliega en le desarrollo y respeto de los derechos fundamentales

Así, con orgullo, presentamos los aportes de los investigadores que han plasmado una vez más en estas páginas lo mejor de su inteligencia y fuerza de trabajo, nuestro reconocimiento a, Jairo Parra Quijano, Carlos Gabriel Salazar, Fernando Arias García, Fernando Badillo Abril, José Helbert Ramos, Rubén Serna, Yolanda M. García Sierra ph. D, Mario Alfonso Villate Barrera, Yenny Carolina Ochoa, Diego Mauricio Higuera Jiménez, Deiby A. Sáenz Rodríguez, José Leonardo Suárez, Gustavo Aguilera B, Vanesa S Alfaro, Genaro Velarde Bernal, Eyder Bolívar Mojica, con temas sobre ¿que es la investigación?, Carlos Arturo Torres e Idola Fori, la estructura del proceso contencioso en la ley 1437, la ley 1395 y sus reformas al proceso declarativo, problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento, llamemos a las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad ciudadana y particularidades del derecho público colombiano en la actualidad junto con el derecho penal además de algunas temáticas de derecho internacional.

En este orden la Facultad de Derecho por medio de su Centro de Investigaciones presenta su revista número 16, como un reconocimiento a quienes han decidido tomar estos caminos más exigentes y fructíferos, como una invitación para quienes los vayan a cursar, está destinada esta publicación.

Y por su puesto ¡gracias totales!

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

**SECCIÓN II: TEMA CENTRAL - CIUDADANO, ESTADO Y
JUSTICIA: LA REHIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LA LEY 599 DE 2000: Un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del Código Penal Colombiano.

Gustavo Aguilera B.*

Fecha de recepción: 14-09-11

Fecha de aprobación: 11-11-11

RESUMEN**

A través del presente ensayo se pretende realizar un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del actual Código Penal Colombiano, con el fin de ofrecer a la comunidad académica, particularmente a los funcionarios y empleados judiciales, una herramienta idónea que les permita resolver los aspectos que resultan problemáticos en el momento de efectuar la aplicación de esas disposiciones, dentro del procedimiento de dosificación de pena privativa de la libertad que le corresponde al ciudadano sometido a la jurisdicción penal, tras haber sido hallado culpable en la comisión u omisión de la acción que generó el delito. En otras palabras, los argumentos jurídicos que a continuación se esbozaran pretenden enseñar, a partir de la normatividad citada, cual es el procedimiento correcto que se debe realizar para arribar a la

** El presente artículo es un estudio de orden analítico reflexivo, con el cual se pretende exponer los resultados de la producción original e inédita del autor, resultado del proyecto de investigación con respecto a la “pruebas en el sistema penal acusatorio”

MÉTODO: es un análisis de índole jurídico con respecto a los criterios para determinar la pena expuestos en la ley 599, con la finalidad de exponer el procedimiento racional además de los criterios técnicos y humanistas que permiten graduar la sanción penal.

* Abogado, Universidad Santo Tomás de Tunja. Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal. Cohorte 2010-2 Abogado litigante. tel. 7440404 AE.

asignación exacta de una pena privativa de la libertad que presente coherencia con el fallo de condena y que además resulte consecuente y justa para el ciudadano que sufre las consecuencias del Derecho Penal.

PALABRAS CLAVES

Pena privativa de la libertad, dosificación punitiva, necesidad, proporcionalidad, razonabilidad, pena, extremos punitivos, quantum punitivo, ámbito punitivo, cuartos punitivos, justicia, libertad de locomoción, ultima ratio, Estado de Derecho, legalidad, dignidad humana, funcionarios y empleados judiciales.

ABSTRACT

Through present test it is tried to realize a dogmatic study of the contained legal postulates in articles 31, 55, 58, 60.61, and 269 of the present Colombian Penal Code, with the purpose of to offer to the academic community, particularly to the judicial civil servants and employees, a suitable tool that allows them to solve the aspects that turn out problematic when to carry out the application of those dispositions, within the procedure of dosage of privative pain of the freedom that corresponds to him to the citizen submissive the penal jurisdiction, after to be found guilty in the commission or omission of the action that generated the crime. In other words, the legal arguments that next were outlined try to teach, from

the mentioned standardization, what is the correct procedure that is due to realize to arrive at the exact allocation of a privative pain of the freedom that presents/displays coherence with the sentence failure and that in addition is consequent and right for the citizen who undergoes the consequences of the Penal Right.

KEY WORDS

Privative pain of the freedom, punitive dosage, punitive necessity, proportionality, reasoning, pain, ends, punitive quantum, punitive scope, punitive quarters, justice, freedom of locomotion, completes ratio, State of Right, legality, human dignity, judicial civil servants and employees.

RÉSUMÉ

Grâce à ce test dans une étude de la dogmatique des principes juridiques contenus dans les articles 31, 55, 58, 60,61, et 269 du Code pénal en vigueur en Colombie, afin de fournir de la communauté universitaire, en particulier le les autorités judiciaires et les employés, un outil idéal pour leur permettre de résoudre les questions qui posent problème au moment de l'application de ces dispositions dans la procédure de dosage de privation de liberté qui appartient à l'objet des citoyens à la responsabilité pénale, les après avoir été reconnu coupable par la commission ou l'omission d'action

qui a généré l'infraction. En d'autres termes, les arguments juridiques décrivant ci-dessous sont destinés à enseigner, des dispositions précitées, quelle est la procédure correcte à effectuer pour arriver à la répartition précise de la privation de la liberté que cette cohérence avec la décision détermination de la peine et aussi être cohérent et équitable pour le citoyen qui en subit les conséquences de droit pénal.

SUMARIO

1 METODOLOGÍA 2 INTRODUCCIÓN: 3 LOS ARTÍCULOS 31, 55, 58, 60,61, Y 269 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. 4 EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY 599 DE 2000: "PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS MÍNIMOS Y MÁXIMOS APLICABLES" 5 EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 599 DE 2000 Y LOS FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD. 6 QUE OCURRE CUANDO EL OPERADOR JUDICIAL SE DESVINCULA DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN DE LA PENA. 7 LA DOSIFICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CUANDO DE CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES SE TRATA. 8 LA REBAJA DE PENA POR LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS. EL ARTÍCULO 269 DE LA LEY 599 de 2000. 9 CONCLUSIONES

MOTS CLÉS

La privation de liberté, le dosage punitive, la nécessité, de proportionnalité, le caractère raisonnable, une pénalité, des fins punitives, quantum punitives questions pénales, les salles punitives, la justice, la liberté de mouvement, ultima ratio, la primauté du droit, la légalité, la dignité humaine, dirigeants et employés tribunal.

1 METODOLOGÍA

Consta de una metodología fundada en el análisis de índole jurídico con respecto a los criterios para determinar la pena expuestos en la ley 599, con la finalidad de exponer el procedimiento racional además de los criterios técnicos y humanistas que permiten graduar la sanción penal.

2 INTRODUCCIÓN

Este ensayo presenta el estudio jurídico-investigativo que el autor realizó en el lapso de duración de la especialización de Derecho Penal y Procesal Penal ofrecida por la Universidad Santo Tomás de Tunja, durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 2010 y 2011.

A continuación se presentara un estudio dogmático acerca de de los postulados jurídicos contenidos en los artí-

culos 31, 58, 60,61, y 269 del Código Penal Colombiano, que sin duda se constituyen en axiomas de difícil aplicación dentro de la praxis judicial, lo que ha llevado a generar errores en el proceso de dosificación de la pena privativa de la libertad del ciudadano sometido a jurisdicción penal y en consecuencia al sacrificio de derechos fundamentales tan importantes como el de la libertad de locomoción. A partir de ese presupuesto, con la redacción de este ensayo se busca ofrecer una herramienta idónea que se convierta en la solución a la interpretación que se debe a las normas citadas, con lo que sin duda se arribará a la asignación de una pena privativa de la libertad que sea justa, necesaria y proporcional.

3. LOS ARTÍCULOS 31, 55, 58, 60,61, Y 269 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

1. Después de abordar y evidenciar

correctamente, a partir del valor suasorio arrojado por los medios de convicción allegados al proceso, la concurrencia de las estructuras dogmáticas que debe reunir una acción u omisión humana para ser catalogada como conducta punible¹, y en consecuencia relevante para el Derecho Penal, deberá el funcionario o empleado judicial² entrar a determinar cual es la sanción que debe recibir el ciudadano que actúa como procesado al interior de ese trámite legal. Ese procedimiento exige absoluta concentración por parte del servidor público perteneciente a la Rama Judicial que se encuentre ejecutándolo a través de la proyección de la sentencia condenatoria, pues se trata de la restricción legal de algunos de los derechos más importantes que le asisten al procesado dentro de un Estado Social de Derecho³, particularmente su libertad de locomoción⁴.

2. Un estudio de semejante magnitud exige tener como norte fundamental el respeto por la dignidad de la persona

1 Ley 599 de 2000, Artículo 9o. "Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad."

2 Ley 270 de 1996 Artículo 125. De los servidores de la rama judicial según la naturaleza de sus funciones. Tienen la calidad de funcionarios los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales. Son empleados las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial.

3 Para conocer el concepto de pena en el derecho penal, puede consultarse: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Librería jurídica Comlibros Cuarta edición. Bogotá 2009. Págs.1029 y ss.

4 Para el profesor CARRARA la pena consiste en el mal que la autoridad impone a un reo por causa del delito. Citado en PINZÓN PINZON Javier. Individualización de las penas privativas de la libertad. Editorial Ediciones librería del profesional. Págs. 01.

humana⁵, que a propósito debe constituirse, ante todo, en el eje central de ese procedimiento de dosificación punitiva, pues no se puede perder de vista, independientemente de la gravedad de la acción que se juzgue, y las voces de sirena —en ocasiones erróneas— ofrecidas por los medios de comunicación y algunos honorables parlamentarios, que el ciudadano sometido a jurisdicción penal ha sido, y será siempre, —a juicio del autor— el sujeto pasivo de la acción punitiva del estado, y por tal razón, merece —es su garantía— que las consecuencias que le impone el Derecho Penal, no sean desproporcionadas, ni se encuentren amparadas por criterios de subjetividad judicial. Al acusado se le deben garantizar todos sus derechos procesales fundamentales, ante todo y primordialmente se le debe respetar al acusado el fundamentalísimo derecho al debido proceso, respecto el tema del debido proceso DAZA GONZALES (2009) “el derecho al debido proceso propende por que las controversias o conflictos que susciten entre las personas o entre estas y el estado deben ser resueltas en procesos que se encuentren rodeados de una serie de garantías que permitan tener la certeza de que las decisiones deriva-

das de tales procesos, serán decisiones que realmente solucionen los conflictos y por tanto sean respetadas por las partes involucradas.../ Del derecho al debido proceso se desprenden algunos principios y derechos de amplio reconocimiento legal y jurisprudencial, como lo son el principio de legalidad, principio de juez natural, derecho a la defensa y el principio de presunción de inocencia.

Ese acontecimiento tan solo encontrará demostración real y efectiva, a través de la imposición de una sanción privativa de la libertad que resulte esencialmente justa y vinculada a los cánones constitucionales sobre los que se cimienta un Estado Social de Derecho. (Principio de humanidad de la pena).

Al respecto la literatura penal especializada ha enseñado:

“De otra parte, un sistema social que, como el vigente, considera al hombre como elemento nuclear del mismo, tal como lo proclaman los artículos 1° y 5°, de la constitución, solo puede recurrir a la sanción cuando ella sea necesaria para el mantenimiento

5 Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia del dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), en sentencia de tutela con número de radicado 926, y bajo la ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, enseñó: “La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es ‘un fin en sí misma’. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

de ese sistema de corte personalista.

Esa premisa tiene dos repercusiones fundamentales. En primer lugar, la necesidad del mantenimiento de un sistema de estas características, no puede pasar por la utilización de penas, que por su contenido o duración, se opongan a la dignidad de la persona. Ello es consecuencia del principio de humanidad de las penas que subyace en la exclusión constitucional de la pena capital (Art. 11), la desaparición forzada, las torturas, los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes (Art. 12) y las penas de destierro y prisión perpetua (Art. 34). En segundo lugar, la cantidad de pena ha de ser la estrictamente necesaria para el mantenimiento del sistema. La necesidad se manifiesta en la proporcionalidad que debe observar el legislador entre la amenaza penal y la gravedad del delito previsto, pero, además, en que la cantidad de pena a imponer por parte del juzgador, sea solo

la que requiera el delito que se enjuicia” (LÓPEZ, M; 2000; pág. 23).

3. Teniendo como norte la premisa fundamental de que la acción y sanción punitiva del Estado Social de Derecho, estará limitada siempre por el principio de dignidad humana que le asiste al ciudadano asociado a esa organización política, el funcionario judicial deberá preguntarse, a partir del principio de culpabilidad⁶, si se justifica, y cual será la pena, que establecida de manera previa en la ley -Principio de legalidad de las sanciones penales-, se impondrá al sujeto activo del delito; en otras palabras, debe analizar si se presenta como ineludible imponerle la sanción⁷.

Ese interrogante, encontrará respuesta siempre que se evidencie el cumplimiento de los fines que ha de cumplir ésta en el caso concreto, pues bien puede suceder, a manera de ejemplo, que en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus familiares, se pueda prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria, y no tienda a cumplir satis-

6 “Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales -intrínsecos a la persona- si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones de desamparo”.

7 Que no refiere en este punto a la última estructura de la conducta punible, sino a la máxima “Nullum crimen nulla poena sine culpa”

factoriamente los fines que debe desempeñar en el caso judicial sometido a estudio⁸.

El principio de necesidad de la pena exige realizar un estudio reflexivo acerca de la imposición o no de la sanción⁹. A través del respeto por ese postulado se busca: i) racionalizar la libertad de configuración legislativa que le asiste al Congreso de la República y en consecuencia erradicar de un Estado Social de Derecho, las teorías absolutas de autonomía legislativa, en la medida que esa Corporación debe realizar un estudio, que cimentado en política criminal real consciente y efectiva, permita incorporar dentro del ordenamiento jurídico la prohibición de conductas que impliquen un perjuicio insoportable para la coexistencia social y en consecuencia sanciones, que resulten necesarias frente a otras menos lesivas que no ofrecerían solución alguna (Roxin; 1981; pag 30) y; ii) obliga al funcionario judicial a estudiar si resulta obligatorio imponer una pena o abstenerse de hacerlo; esto bajo el marco que impone un derecho penal de garantías, que busca asignar sanción punitiva a los ciudadanos que han

realizado comportamientos precedidos de un desvalor verdaderamente grave, que además suponga un elevado grado de dañosidad para la sociedad, pues el autor debe incidir sobre los bienes jurídicos amenazándolos o lesionándolos efectivamente como, de manera concluyente lo exige el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. (Principio de lesividad de la conducta)

4. Al encontrar entonces, que la necesidad de imposición de la pena resulta ineludible para el ciudadano sometido a jurisdicción penal, ingresará el funcionario judicial a los terrenos dogmáticos comprendidos por el principio de proporcionalidad¹⁰ que exigen, principalmente, imponer una sanción que se corresponda con la gravedad y entidad de la conducta punible ejecutada. Justamente, una de las conquistas del derecho penal moderno, ha sido el rechazo a la imposición de penas idénticas a infracciones de la ley que concitan diversa gravedad, lo que ha permitido enseñar que la pena debe ser cualitativa y cuantitativa (VELAZQUEZ; 2006; pag 1032) -algunos autores refieren la existencia del aspecto operacional¹¹; la primera entendida como la selección de

8 Ha sido el mismo legislador colombiano, el que ha permitido que el ciudadano sometido a la jurisdicción penal, no resulte afectado con la imposición de una medida cautelar de carácter personal tan drástica como la privativa de la libertad, pues finalmente, bajo los principios de ultima ratio y economía procesal, se inscribieron en el ordenamiento jurídico el principio de oportunidad, conciliación, mediación y archivo de las diligencias.

9 Ley 599 de 2000. Artículo 34.

10 Al respecto consultar Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). radicado C-070. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Ese postulado ya ha sido respetado previamente por el legislador, pues cuando resuelve incorporar dentro del ordenamiento jurídico la prohibición de conductas que vulneran los bienes jurídicos de los demás y en consecuencia impiden la consagración de un desarrollo social normal y adecuado, lo tuvo en cuenta para evitar el imperio de la subjetividad y desproporción frente al sacrificio de derechos tan caros como la libertad de locomoción.

forma genérica de la clase de la pena que se ha de imponer al procesado — principal, sustitutiva, accesoria— y la segunda entendida como la fijación del marco de la sanción aplicable¹², teniendo en cuenta las reglas legales que orientan ese procedimiento. Frente al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional, en ejercicio de la integridad y supremacía de la Constitución, ha enseñado:

“(...) El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez (...) determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.”¹³

En otro pronunciamiento la misma Corporación judicial advirtió:

“La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley

de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad - que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley - es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa.”¹⁴

Precisamente ese el norte que debe guiar al funcionario judicial al momento de determinar la sanción penal, pues deberá tener presente cual fue gravedad que ocasionó en los bienes jurídicos del afectado el despliegue de la acción contraria a derecho, para entrar a determinar, dentro del marco legal establecido previamente por el legislador, por cuanto tiempo limitará los derechos fundamentales del agresor. En otras palabras, deberá realizar un juicio de proporcionalidad en relación con el grado de ofensa que se hizo a la sociedad con la falta cometida por el infractor de la ley penal, para deducir, lo más objetivamente posible, cual será la sanción que debe soportar a consecuencia de la ejecución de ese actuar.

5. Observada y cumplida la exigencia anterior, deberá tenerse en cuenta que la sanción penal imponible en el

12 Es recomendable ver el texto de GÓMEZ GALLEGU con respecto a la. Dosificación punitiva.

13 Que puede ser general o específica; la primera se presenta cuando se tiene en cuenta el marco punitivo establecido de manera global por el legislador, y la segunda cuando el juez la aplica de manera individual en la sentencia, de ahí que se hable de individualización de pena.

14 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicado 022 MP. Carlos Gaviria Díaz.

caso concreto obedecerá al resultado de una tarea de determinación judicial ajustada a las leyes de la prudencia, el equilibrio, la moderación y la sensatez, como quiera que el derecho penal colombiano descansa sobre el principio de razonabilidad. Es tan importante esta actividad que solo si se logra una pena equilibrada y adecuada a los fines perseguidos, será posible el restablecimiento de las relaciones entre el ciudadano infractor de los bienes jurídicos de los demás, y el Estado llamado a salvaguardarlo a través de una respuesta equitativa, justa y racional (VELÁSQUEZ; 2006; Pág.1034). De tal suerte que el castigo penal no es fruto del azar, el capricho o la discreción del funcionario judicial, sino que es el producto logrado de una actividad sometida a diversos controles enmarcados dentro de los linderos propios de la razón, llamada a eliminar de ese ámbito elementos irracionales, y tornar el proceso de dosificación punitiva en una elaboración intelectual altamente controlable, predecible y debatible.

6. No debe perderse de vista, que los fines de la pena deben encontrarse armonizados con las funciones que ha de cumplir ésta en el caso sometido a control jurisdiccional. Es decir no se puede olvidar que “la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”¹⁵

La Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de justicia, ha enseñado, independientemente de las teorías de la pena que se asuman, que las funciones de la sanción privativa de la libertad consisten en:

(...) la función de prevención general hace referencia a una advertencia a la sociedad “de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible (...) Ese fin de “prevención general” es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previenen no solo por la imposición de la sanción, sino y sobre todo desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo) así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)”.

A su vez, la función de retribución justa, “tiene su origen, como bien se sabe, en la expiación del hecho contrario a la ley por parte de su autor y en la impresión psicológico-social que la pena pueda producir y obedecer en general al rigor propio de tener que soportar las consecuencias derivadas del ataque al derecho ajeno cometido a la manera

15 Al respecto consultar Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), radicado C-591. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de una proporcional compensación por el grado de culpabilidad”.

*Y, finalmente, la prevención especial “-reinserción social o resocialización-, procura disuadir al autor del hecho de cometer nuevas conducta punibles, actuando directamente sobre la persona, pero bajo una evidente finalidad de reintegrar al individuo a la sociedad”.*¹⁶

7. Las precisiones jurídicas observadas en precedencia siempre deberán irradiar el procedimiento de dosificación punitiva consignado en los artículos 54 a 62 de la Ley 599 de 2000, pues es precisamente su consagración como “normas rectoras de la ley penal colombiana” —título primero del Código Penal— las que impiden al funcionario judicial desligarse de las mismas. No obstante lo anterior, en sede de casación¹⁷ han arribado y prosperado diversidad de demandas que al postular errores de derecho por violación directa de la ley sustancial —falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea— han llevado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a realizar un llamado de atención a las instancias que precedieron su intervención, para que presten más

atención y aplicación a esas normas jurídicas establecidas como principios rectores de la legislación penal colombiana.

Al respecto el alto tribunal advirtió:

*“Es innegable que la individualización de la pena constituye uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación de la ley penal, pues de ella depende en buena parte el cabal cumplimiento de la función que el derecho penal cumple en una organización social. Sin embargo, hay que reconocerlo dolorosamente, es el aspecto menos atendido en la práctica judicial, resultando en la mayoría de las veces inequitativa la imposición de la pena, ya por exceso ora por defecto, y con la consiguiente falta de credibilidad social en el aparato represivo del estado, además del desconocimiento del fin retributivo que a aquella le asignó el legislador (...)”*¹⁸

8. Ahora, el procedimiento de dosificación de la pena privativa de la libertad, en punto de la aplicación de los artículos 31, 58, 60,61, y 269 del Código Penal Colombiano, no ha presentado

16 Ley 599 de 2000, artículo 4°.

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia del 11 de febrero de 2003, radicado 17392, MP. Fernando Arboleda Ripoll.

18 También el recurso de apelación presentado contra sentencias de primera instancia ha presentado un alto porcentaje de éxito.

un panorama diferente, pues la aplicación e interpretación de esas normas se han constituido como la parte más débil de la sentencia de condena, razón por la cual conviene realizar algunas reflexiones sobre ese particular aspecto, recordando lo que al respecto a enseñado la doctrina penal especializada y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha través de sus pronunciamientos.

9. En orden a abordar la temática propuesta por el autor del texto, se analizarán los postulados ofrecidos por esas disposiciones jurídicas y la correcta aplicación que se les debe conceder a las mismas en el procedimiento de dosificación de la pena privativa de la libertad del ciudadano sometido a jurisdicción penal.

4. EL ARTÍCULO 60 DE LA LEY 599 DE 2000: “PARÁMETROS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS MÍNIMOS Y MÁXIMOS APLICABLES”

4.1 La disposición legal se encuentra contemplada en la Ley 599 de 2000 así:

“Artículo 60. Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello,

y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

- 1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.*
- 2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.*
- 3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.*
- 4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.*
- 5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.”*

Lo primero que debe reseñar el autor, es que el legislador colombiano no señaló en la parte especial de la Ley 599 de 2000 una pena exacta para sancionar la comisión de determinado delito, es decir, no fue de su interés advertir que “el que incurra en tal conducta punible será sancionado con tres años de prisión”, -de permitir esa clase de redacción el poder legislativo adquiriría funciones propias del judicial, pues éste es el único llamado a regular y

sancionar los problemas jurídicos que presenten los coasociados- sino que redactó un marco punitivo conformado por un mínimo y un máximo en el que deberá ubicarse siempre el operador judicial, a manera de ejemplo: “El que matare a otro incurrirá en prisión de 208 a 450 meses¹⁹”

Con todo, ese marco punitivo no es estático, sino que puede ser sometido a variación por el funcionario judicial, no a su antojo, sino por estricta disposición legal, es decir, cuando se presente alguna de las circunstancias contempladas por la normatividad citada, con lo que se vislumbra, no solo la concepción estricta del principio de legalidad, sino además el respeto por un marco punitivo que responda a la naturaleza y gravedad del delito²⁰.

La disposición legal citada en precedencia se ha constituido, en algunas ocasiones, en un punto de quiebre de la legalidad que debe irradiar la sentencia de condena, pues las reglas que se deben seguir para la modificación de los extremos punitivos establecidos por el legislador resultan fragmentadas por los operadores judiciales a través de la falta de aplicación o aplicación indebida. De ahí que resulte necesario realizar algunas precisiones al respecto.

4.2 La modificación del marco punitivo cuando se presenta la existen-

cia de una proporción determinada: (numeral 1°)

Sin duda esta alteración se constituye en la de más fácil aplicación por parte del operador judicial, pues taxativa y sencillamente el numeral 1° del artículo 60 del Código Penal indica que si la pena disminuye o aumenta en una proporción determinada esta se aplicará al mínimo y máximo del marco punitivo establecido. Debe tenerse en cuenta cual es la redacción estricta instituida por el legislador, pues este parámetro de modificación solo será aplicable cuando el tipo penal o alguna circunstancia de agravación o atenuación específica modifiquen –disminuyendo o aumentando- el marco punitivo en una proporción determinada, es decir, en una cifra única y concreta.

4.2.1 Ejemplo de aumento de pena en una proporción determinada:

El artículo 340 de la Ley 599 de 2000 señala:

“Concierto para delinquir:
Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.”

No obstante lo anterior, ese tipo penal,

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 1994, radicado 8485, MP. Dídimo Páez Velandia.

20 Esa es la pena que se encuentra vigente actualmente. –Artículo 103 Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

en su inciso tercero, trae inmersa una circunstancia de agravación específica que modifica su marco punitivo básico:

“La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.” (Subraya el autor).

De tal suerte entonces, que cuando la situación fáctica dé origen a la circunstancia de agravación, que por su puesto ha sido imputada previa y expresamente por la Fiscalía, el operador judicial, siguiendo los parámetros del numeral 1° del artículo 60 aumentará los límites mínimo y máximo del marco punitivo en la mitad, con lo que se generara un nuevo marco que se constituirá en el punto de partida del procedimiento de dosificación. Ese marco estará comprendido entre 72 y 162 meses de prisión.

4.2.2 Ejemplo de disminución de pena en una proporción determinada:

El artículo 249 *Ibidem* indica:

“Abuso de confianza: El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de

dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Entre tanto, el inciso tercero de la misma disposición enseña:

“Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.” (Subraya el despacho).

Se repite. Cuando la situación fáctica permita predicar la existencia de la circunstancia de atenuación punitiva específica, así no haya sido expresamente atribuida por el fiscal del caso, el juez de conocimiento esta obligado a aplicarla, no solo para disminuir la pena privativa de la libertad, sino también para disminuir la pena accesoria de multa. Entonces los nuevos marcos son: 8 a 36 meses de prisión y multa de 6.66 a 150 salarios mínimos.

4.3 La modificación del marco punitivo cuando se presenta la disminución o aumento hasta en una proporción determinada. (Numerales 2° y 3°)

Esta circunstancia modificadora solo resultará aplicable cuando la disminución o aumento de la pena privativa de la libertad se encuentre precedido por la preposición “hasta”²¹. Cuando el ope-

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 13987, MP. Carlos Augusto Gálvez Argote.

rador judicial evidencie que en verdad concurre esa situación, el incremento se realizará sobre el extremo mínimo cuando la pena disminuya (numeral 3° artículo 60) y sobre el máximo cuando la pena aumente (numeral 2° ibídem) La misma situación deberá amparar el marco establecido por la sanción pecuniaria de multa.

4.3.1 Ejemplo de aumento del marco punitivo hasta en una proporción:

El artículo 113 del Código Penal indica:

“Deformidad. Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

(...)

*“Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.”
(Subraya el autor).*

Ese tipo penal trae consigo una circunstancia de agravación específica que aumenta el marco punitivo hasta el la mitad, pero como el incremento se encuentra precedido por “hasta” tan solo se afectará el extremo máximo del marco, seis (6) años, lo que significa

que el nuevo ámbito punitivo de movilidad será de 1 a 9 años y de 15 a 37.5 salarios mínimos.

4.3.2 Ejemplo de disminución del marco punitivo hasta en una proporción

El artículo 165 del Código penal indica:

“Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Ese tipo penal admite algunas circunstancias de atenuación punitiva –artículo 167-, resultando importante mencionar la consignada en el numeral 3°, que al respecto indica:

“3. Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava (1/8) parte.” (Subraya el autor).

Entonces, a voces del numeral 3° del artículo 60 del Código Penal, el descuento de la octava parte de la pena se realizará sobre el mínimo del marco punitivo, quedando entonces entre 210 y 360 meses.

4.4 La modificación del marco punitivo cuando se presenta la disminución o el aumento en dos proporciones determinadas: (numerales 4° y 5°)

Lo primero que ha de indicarse frente a esta regla de determinación del marco punitivo, es que en ocasiones es el mismo Código penal el que indica como se debe aplicar al caso concreto la disminución o aumento de los extremos pues ordena, por ejemplo, que “incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo.”²² Cuando es el mismo Código el que enseña como se deben afectar los extremos del marco punitivo, el ejercicio no resulta complejo, pero cuando se debe acudir a las normas 4ª y 5ª del artículo 60, el operador judicial deberá tener presente cuales son los topes en los que realizará la modificación, sin olvidar nunca, cual es mas grande, pues en esa selección pueden ocurrir algunos errores matemáticos; también deberá tener en cuenta si se trata de circunstancias atenuantes o agravantes, para determinar cual será la regla a aplicar.

4.4.1 Ejemplo de aumento del marco punitivo en dos proporciones deter-

minadas: (Circunstancias de agravación).

El artículo 292 dice:

“Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años. (O lo que es igual de 24 a 96 meses.)

(...)

Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.” (Subraya el autor).

Como se observa, el tipo penal trae consigo una circunstancia de agravación que sin duda modifica los extremos punitivos básicos, pues el legislador consideró que la intensidad del injusto es más alta cuando se trata de un documento constitutivo de pieza procesal. Entonces, cuando la acción desplegada por el sujeto activo del delito lleva inmersa la agravante -imputada expresamente por la fiscalía- el operador judicial deberá aplicar la tercera parte al mínimo —aumento inferior— y la mitad al máximo —aumento superior— quedando el nueva marco puni-

²² Esa es la circunstancia de modificación de los mínimos y máximos aplicables para la determinación de la sanción, más común del Código Penal, pues se encuentra establecida en por lo menos en 58 artículos.

tivo entre 32 y 144 meses.

4.4.2 Ejemplo de disminución del marco punitivo en dos proporciones determinadas: (Circunstancias de atenuación).

El artículo 239 del Código Penal indica:

Hurto simple “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.”

Por su parte, el apartado 268 *ibidem* enseña:

“Circunstancia de atenuación punitiva. Las penas señaladas en los capítulos anteriores, se disminuirán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa sobre cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual, siempre que el agente no tenga antecedentes penales y que no haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.”

Entonces, por favorabilidad al procesado, el marco punitivo básico se disminuirá aplicando el mayor descuento a la pena mínima y el descuento menor a la pena mayor, de tal suerte que el nuevo ámbito será de 16 a 72 meses.

4.5 Algunas modificaciones atípicas del marco punitivo consignadas en la Ley 599 de 2000:

4.5.1 El artículo 384 *ibidem*:

El apartado 384 establece algunas circunstancias específicas de agravación punitiva para los delitos de “tráfico de estupefacientes y otras infracciones” –Capítulo III Título XIII– que de llegar a concurrir en el actuar del ciudadano sometido a la jurisdicción penal, obligan al operador jurídico a duplicar el mínimo de las penas previstas en los delitos que conforman esa sección del Código penal.

Precisamente semejante postulado generó una confusión fundada en la percepción de los operadores judiciales, pues llegaron a postularse preguntas como “¿Cuál marco punitivo podrá existir, conforme es la exigencia del artículo 60, cuando el mínimo de pena es igual al máximo? ¿Cómo se elabora el marco punitivo con un extremo mínimo más elevado que el máximo? (GÓMEZ GALLEGU; 2011; Pág. 32); Interrogantes que encontraban un loable fundamento, por cuanto resultaba absurdo pensar que la pena mínima superara la máxima.

Ese entuerto jurídico reclamó la atención de la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-1080 de 2002, declaró exequible el aumento punitivo comprendido por el artículo 384 del Código Penal “en el entendido de que en ningún caso podrá ser aplicada una pena que supere el máximo fijado en la Ley para cada delito” (Sic); en la misma providencia se exhortó al Congreso de

la República para que procediera a enmendar la incongruencia advertida. Al respecto la Corte enseñó:

“Ahora bien la Corte llama la atención que el cargo planteado por el actor se concreta a la supuesta vulneración del principio de legalidad de la pena por la indeterminación en que se dejaría la pena aplicable a quien incurra en las conductas señaladas en los artículos 375, 376 incisos 2º y 3º, 377, 381, 382 y 383 de la Ley 599 de 2000 en alguna de las circunstancias a que alude el artículo 384 Ibídem, por el hecho de que en esos casos el doble de la pena mínima a imponer es igual o supera la pena máxima establecida por el Legislador en dichos artículos.

La Corte advierte al respecto que, contrariamente a lo que señala el actor, en los casos a los que él alude no hay indeterminación de la pena, sino la fijación directa por el Legislador de la misma.

En efecto, la interpretación mas acorde a la Carta del artículo 384 de la Ley 599 de 2000 en concordancia con los artículos referidos, lleva a entender que en esos casos el Legislador predeterminó la

pena aplicable señalando que no podría ser inferior al doble del mínimo establecido en la Ley.

Así en los casos en que el doble de la pena mínima iguala o supera el máximo establecido por el Legislador, lo que debe entenderse es que el Legislador quiso que la pena aplicable fuera igual al máximo fijado en cada uno de los artículos a que alude el actor en su demanda.

Ahora bien, el hecho de que la pena a imponer en estos casos sea única -es decir el máximo fijado en la ley- no puede entenderse como una indeterminación de la pena aplicable sino por el contrario la determinación clara por el Legislador del quantum imponible.

No escapa a la Corte que esta Corporación ha señalado que el juicio de proporcionalidad es necesariamente individual. Y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se impute, circunstancia que exigiría que exista una franja -mínima y máxima- en la que pueda moverse el juzgador para adecuar la pena en cada caso.

Empero la Corte llama la atención sobre el hecho de que en el presente caso se trata de situaciones específicas en que el elemento subjetivo ha sido precisamente tomado en cuenta por el Legislador pues los supuestos en los que la agravación punitiva se produce toma en consideración el comportamiento específico del sujeto al que se impone la pena.

El Legislador toma en cuenta en consecuencia la culpabilidad de dicho sujeto y adecua el quantum punitivo a imponer en función de su conducta.

(...)

Así las cosas no encuentra la Corte que asista razón al actor en relación con la supuesta vulneración del principio de legalidad de la pena por la también supuesta indeterminación de la misma en las circunstancias que el anota, por lo que el cargo planteado en este sentido debe ser desestimado por la Corporación, sin que se haga necesario entrar a examinar los cargos adicionales que el actor derivaba de la supuesta vulnera-

ción del artículo 29 superior. Vulneración, que como se ha señalado no se presenta en este caso.²³

Entonces, en los eventos en los que al duplicar el mínimo de la sanción se supere el extremo máximo legal, el operador jurídico deberá imponer ésta última y no la pena duplicada. Es decir, cuando el máximo de la pena resulte superado deberá escogerse éste y no el guarismo que arroje la pena duplicada (BOTERO, S; 2009;). Obsérvese:

El inciso 2º del artículo 375 del Código Penal indica que incurra en prisión “de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes”²⁴, quien incurra en la comisión de la conducta punible de “conservación o financiación de plantaciones.”

Por su parte, el artículo 384 señala algunas circunstancias de agravación específicas que de llegar a concurrir en el actuar del procesado, que conllevarán a que “El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará”

De tal suerte, que si la comisión del delito lleva inmersa alguna de las cir-

23 Artículo 57 de la ley 599 de 2000. Al igual que el 27, 56 etc.

24 Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del 05 de diciembre de 2002, radicado C-1080, M.P Álvaro Tafur Galvis.

cunstances de agravación punitiva advertidas en el apartado 384, la pena mínima se aumentara en la mitad, de tal suerte que el nuevo marco punitivo será de 128 (64 + 64) a 108 meses de prisión y multa de 26.66 (13.33 + 13.33) a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Frente a esta situación resulta imposible acudir a la aplicación de los cuartos punitivos pues el ejercicio disimétrico presentaría errores que vulnerarían abiertamente la libertad de locomoción del ciudadano sometido a jurisdicción penal, entonces, se deberán seguir los lineamientos esgrimidos por la Corte Constitucional, y en consecuencia se deberá imponer al procesado 108 meses de prisión, pues el mínimo de la pena supera ampliamente el máximo de la pena.

4.5.2 El artículo 365 de la Ley 599 de 2000:

Esa disposición jurídica fija una pena para el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones que oscila entre 4 y 8 años de prisión. Sin embargo, “la pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará” cuando la conducta se cometa en alguna de las circunstancias exhibidas por el inciso 2° de la misma disposición. Entonces el marco punitivo será de 8 a 8 años. De tal suerte que cuando se presenten estas situaciones en todo caso la pena será de 8 años.

5. EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY 599 DE 2000 Y LOS FUNDAMENTOS

PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.

5.1 La disposición legal se encuentra contemplada en la Ley 599 de 2000 así:

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

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

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: 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 y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

5.2 La división del ámbito punitivo de movilidad “en cuartos”:

Una de las conquistas de la Ley 599 de 2000, fue la implementación de un sistema de dosificación punitiva encaminado a la objetividad del procedimiento a través del cual se priva al ciudadano sometido a la jurisdicción penal de su derecho de libertad de locomoción. Los redactores del Código Penal vigente, además de otros mecanismos, idearon un sistema de “cuartos” para que, de conformidad con ciertos parámetros legales, fuera seleccionado un de estos y solo dentro de sus límites -ámbito punitivo de movilidad- pudiera “moverse” el juzgador para imponer la sanción correspondiente. Con esta consigna se limitó sustancialmente el arbitrio y subjetividad generados por el Decreto 100 de 1980 –Código Penal anterior-, pues en esa legislación el ámbito de movilidad se circunscribía a todo el marco punitivo y no a una fracción determinada, lo que sin duda generaba descontrol y arbitrariedad el ejercicio de dosificación (PÉREZ, B; 2008; pág. 28).

Efectivamente, en la exposición de motivos que se realizó al proyecto de ley que desencadenó en la expedición de

la Ley 599 de 2000 se dijo al respecto:

“Se exige que, en el momento de dictar sentencia, se haga una fundamentación explícita sobre los motivos de su determinación cualitativa y cuantitativa, tanto para las penas principales como para las accesorias. Se sientan reglas para el manejo de las circunstancias agravantes y atenuantes, dividiéndose el ámbito de movilidad punitivo en tercios, correspondiendo el primero a la situación en que solo se presentan circunstancias atenuantes; el segundo cuando se presenten éstas y agravantes y el último solo para agravantes. Con ello se pretende reducir al máximo las facultades discrecionales en tal materia, haciendo de este proceso una tabulación mucho más objetiva, equitativa e igualitaria en la aplicación de la pena.” (PÉREZ, B; 2008; pág. 28)

Entonces, la intención del legislador colombiano con la implementación de los cuartos fue clara, disminuir al máximo el subjetivismo que imperaba en el Decreto 100 de 1980. Vale la pena advertir que bajo esa misma postulación, en el proyecto de Ley 238 de 1999 de la Cámara de Representantes, y 40 de 1999 del senado (PÉREZ, B; 2008; pág. 28), se incluyó dentro del proyecto definitivo, finalmente aprobado, un cuarto adicional, de ahí que el artículo 60 haga alusión a que el sentenciador divida el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuatro cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

Para determinar los cuartos sobre los que se ha de ubicar el juzgador, deberá realizarse un procedimiento matemático consistente en restar al máximo de la pena su mínimo, para después dividir ese nuevo guarismo en cuatro, cifra que finalmente será el ámbito punitivo de movilidad de cada un de los cuartos. Obsérvese.

El delito de acceso carnal violento (artículo 205 de la Ley 599 de 2000) conlleva una pena privativa de la libertad –con el incremento punitivo establecido por el artículo 1° de la Ley 1236 de 2008- que oscila entre 12 y 20 años de prisión, o lo que es igual entre ciento cuarenta y cuatro (144) a doscientos cuarenta (240) meses.

PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD (MARCO PUNITIVO)		
DELITO	MÍNIMO	MÁXIMO
Acceso carnal violento (artículo 205 del Código Penal) -con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 1236 de 2008.	144 meses	240 meses

La diferencia de los dos extremos, es 96 (240 – 144) meses, que se debe dividir por cuatro para arrojar la división de los cuartos así: (96/4= 24) Esa cifra será el ámbito punitivo de movilidad de cada uno de los cuartos.

144 + 24 = 168
168 + 24 = 192
192 + 24 = 216
216 + 24 = 240

Vale la pena señalar que los límites colindantes de cada cuarto no pueden coincidir –la cifra última de un cuarto no puede ser igual a la del mínimo del siguiente- así que al inicio de cada cuarto, después del primero, se agregará un día adicional. Entonces, los cuartos quedarán establecidos así:

PRIMER CUARTO (ÁMBITO PUNITIVO)	SEGUNDO CUARTO (ÁMBITO PUNITIVO)	TERCER CUARTO (ÁMBITO PUNITIVO)	CUARTO CUARTO (ÁMBITO PUNITIVO)
De 144 meses a 168 Meses	De 168 meses y 1 día a 192 meses	De 192 meses y 1 día a 216 meses.	De 216 meses y 1 día a 240 meses.

5.2.1 El sistema de cuartos no se aplica cuando se trata de preacuerdos en los que se pacta de manera definitiva la pena a imponer:

El artículo 3° de la Ley 890 de 2004, modificó, entre otras disposiciones, el apartado 61 de la Ley 599 de 2000, en el sentido de indicar que el sistema de cuartos no se aplicará en los eventos en los cuales se ha llegado a preacuerdo o negaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado. No obstante lo anterior, la realidad, como en muchas ocasiones, desbordó la normatividad, pues se presentaron preacuerdos en los que no se establecía por parte de los interesados una concreta determinación de pena a imponer, lo que generó en determinado momento algún grado de inseguridad jurídica, pues frente a una misma situación se estaba resolviendo de manera distinta.

Esa particular situación llevó a que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia enseñará, a través de la respuesta a una acción constitucional de tutela, que cuando no se evidencia un convenio sobre la pena concreta a imponer —porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción—, el juez deberá tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente²⁵, pues no existe otra manera de determinar una pena que cumpla con los postulados establecidos por los artículos 3° y 4° de la

Ley 599 de 2000.

Entonces, cuando entre fiscalía y procesado se pacta claramente un determinada pena, al juez de conocimiento le esta vedado entrar a determinar una nueva, pues el preacuerdo también lo vincula, por lo que no le quedará mas opción que proferir su fallo de condena imponiendo la pena que se haya acordado. Por el contrario, si cuando someten a su consideración la legalidad de un preacuerdo que no contiene una sanción determinada, tendrá necesariamente que acudir al sistema de dosificación punitiva consagrado en el capítulo II de la Ley 599 de 2000, pues no de otra forma —ya se dijo— puede cumplirse con las funciones y fines que pretende la misma.

Ahora, bien, vale la pena aclarar que cuando se pacta el monto de la pena a imponer, se impone a las partes, particularmente a la fiscalía, el cumplimiento por el principio de proporcionalidad de las penas, pues de llegar a acordarse una sanción que adolezca de proporcionalidad con la acción desplegada, el juez de conocimiento se encuentra en la facultad de improbar el acuerdo por fragmentación de aquel principio. Al respecto la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha enseñado:

“ No obstante, el principio de legalidad de las penas se encuentra ligado a uno de los postulados fundamentales

25 Esa es la pena actual que trae el tipo penal.

sobre el que descansa el Derecho Punitivo, el principio de proporcionalidad, que tampoco es posible desatender, menos por parte de los delegados de la Fiscalía General de la Nación quienes, pese a tener un rol procesal independiente, expresamente definido por la Ley, se deben a su condición de servidores públicos al servicio de la administración de justicia, atributo que los conmina para proceder, dentro de sus actuaciones, hacia la búsqueda de justicia material.”

En ese contexto, los preacuerdos y negociaciones suscitados entre el ente instructor del Estado y los ciudadanos sometidos a jurisdicción penal no debe implicar la imposición de penas irrisorias o de beneficios punitivos inconvenientes frente a delitos graves, pues con tal forma de actuar se generaría incertidumbre en la comunidad, lo cual puede repercutir negativamente en la conciencia jurídica de esa comunidad (prevención general) y, consecuentemente, quebrantar uno de los fines de la institución: evitar cuestionamientos y reproches a la administración de justicia.

Así las cosas, el juez penal de conocimiento goza de la facultad de improbar los preacuerdos suscitados entre la Fiscalía y los sujetos sometidos a la

jurisdicción penal, cuando los mismos desconozcan el principio de proporcionalidad de las penas porque, además, “el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar pro activamente como garante de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material”²⁶

5.3 las circunstancias genéricas de menor y mayor punibilidad de los artículos 55 y 58 de la Ley 599 de 2000:

A pesar de que el artículo 61 del Código Penal, hace alusión a “circunstancias de agravación punitiva”, lo cierto es que para la selección del cuarto, el operador judicial deberá tener en cuenta las que se encuentran consignadas en los artículos 55 y 58 ibídem, pues de proceder en el sentido indicado por la norma, se vulneraría el principio de prohibición de doble o múltiple valoración, por cuanto las circunstancias de atenuación o agravación específicas ya fueron tenidas en cuenta para la modificación del marco punitivo. En otras palabras, los artículos 55 y 58 del mismo estatuto, expresamente consagran las circunstancias de menor y mayor punibilidad, sin referir disminución o aumento alguno de la pena básica en proporción fija o determinable en caso de que concurran, de donde se conclu-

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de tutela del 04 de abril de 2006, radicado 24868, MP. Alfredo Gómez Quintero.

ye sin dificultad que son dichas causales las llamadas a tenerse en cuenta para efectos de seleccionar el ámbito de movilidad dentro de cual debe determinarse la pena²⁷.

Ahora, también debe tenerse en cuenta, a efectos de no vulnerar el principio de doble o múltiple valoración “a favor o en contra”, que algunas circunstancias de atenuación o agravación específicas de los tipos penales, se asemejan a algunas de las mencionadas en los artículos 55 y 58 de la Ley 599 de 2000. A manera de ejemplo, cuando el procesado repara voluntariamente el daño ocasionado contra el patrimonio económico de la víctima, no puede acogerse esa actitud bajo las previsiones de la causal 6ª del apartado 55 ibídem, en la medida que ese acto de resarcimiento tendrá que ser valorado al momento de conceder el descuento punitivo consagrado por el artículo 269 del mismo estatuto²⁸.

Entre tanto, continuando con los ejemplos, cuando un procesado ha sido hallado responsable penalmente en la comisión del delito de hurto agravado –artículos 239 y 241 numeral 3º- el juez de conocimiento, para determinar la sanción penal que le corresponde al infractor, no puede, así haya sido imputada expresamente, someter al

procesado a los efectos jurídicos que contempla la circunstancias de mayor punibilidad genérica consagrado en el numeral 3º del artículo 58 del Código Penal²⁹, pues la situación fáctica mencionada por esta disposición, ya fue tomada en cuenta para afectar el marco punitivo a consecuencia de la circunstancia de agravación específica, es decir, el juzgador ya tuvo en cuenta que el procesado utilizó, para la ejecución de la conducta punible, la ayuda de un inimputable.

Establecidos correctamente los cuartos, el juzgador deberá tomar el ámbito punitivo de movilidad que ofrece alguno de éstos, remitiéndose a las circunstancias de menor y mayor punibilidad que pueden acompañar a la conducta, pues podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

5.3.1 Las circunstancias de menor punibilidad (artículo 55):

Cuando en la ejecución de la conduc-

27 Al respecto puede consultarse: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, sentencia del 13 de octubre de 2010, radicado 110016000017200910377 01, M.P. Jairo José Agudelo Parra.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de agosto de 2005, radicado 21954, MP. Jorge Luis Quintero Milanes.

29 Reparación: El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

ta punible desplegada por el ciudadano sometido a jurisdicción penal, no concurra ninguna, o por el contrario se encuentre presente una o varias de las circunstancias de menor punibilidad consignadas en el artículo 55 de la Ley 599 de 2000, el operador jurídico deberá ubicarse en el ámbito de punibilidad referenciado en el primer cuarto. Vale la pena advertir que la concurrencia exclusiva de circunstancias de menor punibilidad no conducen a que el juzgador imponga al procesado la pena mínima contemplada por el primer cuarto punitivo, pues esa situación no se constituye en el único factor de ponderación para la determinación de la pena; recuérdese, la aplicación de los artículos 55 y 58 tiene la función principal de servir de barrera de contención para limitar la discrecionalidad judicial en el ejercicio de individualización de la pena. Al respecto la Corte Suprema de Justicia enseñó:

“Por el contrario, el correcto entendimiento de dicha norma indica “que sólo se pueden aplicar el mínimo previsto en los casos en que concurran solamente circunstancias de atenuación, pero ese sólo hecho, la concurrencia exclusiva de circunstancias de atenuación, no conlleva la obligación para el juez de imponer el mínimo, porque el análisis del caso conforme al artículo 61 puede hacer aconsejable la aplicación de pena mayor, tal

conclusión se desprende de la expresión ‘sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61’ que aparece al final de la norma comentada” (Art.67) (Cas. 25 de marzo de 1.987), mojonas a partir de los cuales goza el juez de plena autonomía en la imposición de la sanción, pues la valoración de los demás factores incidentes le corresponde por mandato legal y para ello no ha establecido el ordenamiento sobre la materia una camisa de fuerza cuantitativa exacta que por anticipado le indique los resultados de una operación semejante.”³⁰

Ahora, debe indicarse también que el juzgador se encuentra en la facultad de deducir, así no lo mencione ni impute expresamente el fiscal del caso, alguna circunstancia de menor punibilidad, siempre que la situación fáctica permita evidenciar su concurrencia, en la medida que el numeral 10° del artículo 55 enseña que serán de esta naturaleza todas aquellas circunstancias de análoga significación. Por ejemplo, en sentencia del 17 de julio de 2003, radicado 18768, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia enseñó que cuando el sujeto activo del delito desiste voluntariamente de la consumación de la conducta típica querida inicialmente, así el resultado no se produzca por sucesos ajenos a su voluntad, esa actitud puede ser ca-

30 Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

talogada como una circunstancias de menor punibilidad genérica.

5.3.2 Las circunstancias de mayor punibilidad (artículo 58).

Lo primero que ha de advertirse, porque en el ejercicio judicial se olvida frecuentemente, es que cualquiera de los preceptos consignados en el artículo 58 del Código Penal deben ser imputados fáctica, jurídica, expresa y claramente por la Fiscalía General de la Nación, de ahí que el juzgador, así los evidencie, no puede atribuirlos, si no fueron imputados, pues de llegar a proceder en ese sentido, fragmentaría el principio de congruencia, y adicionalmente agravaría la situación del procesado, ya que denunciar una circunstancia que no imputo el órgano de acusación o que nunca fue aceptada por el enjuiciado, lesionaría, entre otros, el principio de no auto-incriminación³¹.

Ahora, otro punto que debe aclararse en este acápite, es que la presencia de antecedentes penales del procesado no es una circunstancia de mayor punibilidad, es decir, la actitud delictual previa no se constituye en un parámetro de determinación de su pena, ya que permitir esa circunstancia sería tanto como consentir el resurgimiento del derecho penal de acto. Esa particular circunstancia puede llegar a tener relevancia en sede de la concesión de al-

gún mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, pero no en el ejercicio de dosificación.

Ha sido tan frecuente la presencia del mencionado error judicial, que la Corte Suprema de Justicia, tuvo que llamar la atención a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el sentido de indicarle que el derecho penal de autor sobre el que descansa el actual derecho penal colombiano, no admite valoraciones de personalidad del procesado al momento de determinar su sanción penal. En efecto:

“a) El hecho de poseer antecedentes penales no es factor constitutivo de circunstancia de mayor punibilidad. Basta leer el artículo 58 del Código Penal para arribar a tal conclusión. Y no pueden ser utilizados como enseña de una personalidad proclive al delito, porque la personalidad ya no es uno de los parámetros que permitan fijar la pena (artículo 61.3 Código Penal); y tampoco es posible inferir contra reo que si la carencia de antecedentes es causal de menor punibilidad (artículo 55 Código Penal), su presencia lo sea de mayor punibilidad.”³²

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 31 de mayo de 2011, radicado 13765, MP. Carlos Augusto Galvis Argote.

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 28 de febrero de 2007, radicado 26087, sentencia del 27 de julio de 2007 radicado 26468, sentencia del 09 de abril de 2008, radicado 23753., entre otras.

5.4 El inciso 3° del artículo 61 de la ley 599 de 2000:

A esta altura, el operador judicial ya debe tener claro cual es el cuarto punitivo en el que se ubicará para determinar la sanción penal. Encontrándose entonces bajo el ámbito de movilidad ofrecido por el cuarto, se deberán tener en cuenta 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 y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

El estudio de cada uno de esos parámetros de ponderación, deberá realizarse de manera individual, es decir, no basta con realizar la transcripción del articulado para después arrojar una cifra al azar, pues de proceder en ese sentido el proceso de motivación explícita sobre los motivos cualitativo y cuantitativo de la dosificación de la pena resultaría fragmentado³³, lo que si bien no genera una nulidad irremediable, si obliga en sedes de segunda instancia o casación a imponer la pena mínima del primer cuarto, con lo que probablemente se lesionarían algunos de los fines de la pena.

5.4.1 La menor o mayor gravedad de la conducta:

Este acápite hace alusión a los elementos y circunstancias que rodearon es-

trictamente la ejecución de la conducta punible y que le conceden un aditivo distinto al arrojado por las circunstancias de atenuación o agravación genéricas o específicas. La valoración de aquellos apartados deberá realizarse bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para empezar a determinar cual es la pena justa que merece el encausado.

En efecto, no resultara equivalente, desde ningún punto de vista, la gravedad de la conducta de porte de estupefacientes a la de tráfico de estupefacientes; a pesar de ser acciones —verbos rectores— que se encuentran en el mismo tipo penal y que en consecuencia conllevan una pena igual, la intensidad del injusto es diferente lo que conduce a predicar que una es mas leve que la otra, por lo que ya existe un parámetro de diferenciación objetivo que puede alterar la pena que se imponga al ciudadano

Ahora, al realizar la valoración de esta circunstancia de ponderación, debe tenerse en cuenta el respeto por el principio del non bis in ídem, pues la similitud que presentan los elementos estructurantes del tipo, con la mayor gravedad de la conducta puede originar confusiones que conduzcan a la fragmentación de este principio constitucional. Por ejemplo, cuando se juzga a un habitante por la comisión del delito de hurto en concurso heterogéneo y sucesivo con el de tráfico fabricación o porte de armas de fuego o municio-

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de mayo de 2005, radicado 21649. MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

nes, el operador judicial no puede argumentar la gravedad de la conducta indicando que en su ejecución se utilizó una pistola, pues esa circunstancia estructura la existencia de uno de los delitos que concursan. Pero cuando la pistola es accionada o utilizada en plena luz del día en un sitio que presente concurrencia masiva de personas —Plaza de Bolívar— o esgrimida para intimidar suficientemente a la víctima, nos encontramos frente a un “plus”³⁴ que no hace parte de los elementos estructurantes del tipo, ni de ninguna de las circunstancias de agravación genérica o específica que lo acompañan, lo que concibe la ejecución de una conducta grave.

5.4.2 El daño real o potencial creado:

En este acápite, el funcionario judicial deberá valorar la gravedad -real o potencial- de la lesión que generó la conducta punible sobre los bienes jurídicos de la víctima o la sociedad. Por ejemplo, al momento de juzgar la comisión del delito de prevaricato por acción, no será igual el daño real o potencial que se genera cuando la resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley favorece a un reconocido narcotraficante que cuando beneficia al padre que incumplió con sus obligaciones alimentarias. Si bien se trata de la afectación al mismo bien jurídico -la administración pública-absolver al traficante de drogas, cuando las pruebas traídas por el instructor

revelaban que merecía una sanción, genera una potencial lesión sobre la salud pública, patrimonio económico e incluso la vida, razón por la cual, éste será un parámetro válido para que el juzgador imponga una pena privativa de la libertad más alta al servidor público que incurrió en la comisión del delito. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia enseñó:

*“Dos hechos tipificados en la misma disposición penal pueden acarrear pena diferente a sus autores, según las modalidades de cada uno. Así, las lesiones que ocasionan desfiguración facial acarrear pena de uno a seis años de prisión. Pero como la manera de manifestarse la actividad delictuosa en estos casos no es siempre igual, es razonable y justo sancionar más severamente, dentro de los límites legales, a quien ha desfigurado totalmente el rostro de una persona, que a quien sólo le ha dejado una cicatriz que afea el semblante. De la misma manera en el peculado, no habría razón justa para sancionar con la misma pena a quien se ha apropiado poco más de tres mil pesos que a quien ha tomado cien mil, aunque para ambos casos la disposición aplicable sea la misma”.*³⁵

34 Artículo 59 Ley 599 de 2000.

35 Así lo refiere SARAY BOTERO Nelson, en su libro “Dosificación judicial de la pena”.

Ahora, “el daño potencial creado con la conducta”, debe encontrarse sustentado en las pruebas traídas a juicio, o en los elementos encontrados hasta el momento en el que procesado se allana a los cargos enrostrados por la fiscalía; en otras palabras, a partir de esos medios de convicción debe inferirse, por decir lo menos, que efectivamente se pudo haber generado un daño real y efectivo con la ejecución de la conducta punible, pues de lo contrario se estarían realizando valoraciones sobre hipótesis y conjeturas que no encuentran demostración en el mundo de los sentidos, con lo que se fragmenta el principio de proporcionalidad en la imposición de la pena.

5.4.3 La naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad

En este acápite, al igual que en el de mayor o menor gravedad de la conducta, deberá analizarse el elemento adicional, que sin estar contemplado por las circunstancias referenciadas en los artículos 55 o 58 de la ley 599 de 2000, intensifican la atenuante o agravante de la circunstancia deducida o imputada expresamente. Igualmente en este ejercicio de ponderación, se debe evitar la fragmentación del principio non bis in ídem.

No sobra indicar que cuando en el actuar del procesado no concurren causales que agravan o atenúan la punibilidad, el juzgador sencillamente no podrá hacer referencia a este ítem,

pues la situación fáctica no lo evidencia, por lo que no se puede realizar el estudio de algo inexistente.

5.4.4 La intensidad del dolo, preterintención o culpa concurrentes.

En este factor de ponderación se exige del operador jurídico una carga argumentativa tendiente a demostrar cual fue el ímpetu con el que el infractor ejecutó la conducta punible. Para ello, puede acudirse a la clasificación que ha propuesto la legislación o doctrina para las modalidades de la conducta punible. Por ejemplo, el reproche punitivo resultará más elevado, para aquel que realiza la comisión de un tipo penal doloso guiado por un dolo directo, es decir, por aquel estado volitivo en el que el infractor quiere y efectivamente consigue lesionar el bien jurídico de su víctima. Por el contrario, -aunque en la actualidad no se piense así- la consecuencia punitiva será menor para aquel que realiza el mismo tipo penal, pero motivado por un dolo eventual, pues bajo ese estado volitivo el agente, aunque prevé como probable la realización de la conducta, no desea su realización, y en consecuencia la deja librada al azar, es decir, su intención de daño es menor.

5.4.5 La necesidad de la pena y la función que ha de cumplir en el caso concreto:

El juzgador deberá entrar a determinar si la pena que impondrá al procesado

cumplirá con los fines esenciales que impone un Estado Social de Derecho, es decir, deberá en primer lugar analizar si la intervención del Derecho Penal resultará necesaria para resguardar los bienes jurídicos que resultaron afectados con la ejecución de la conducta punible. Por ejemplo, -ya se había dicho- el juzgador puede abstenerse de imponer pena -por resultar innecesaria- cuando la situación fáctica se asemeje a las descripciones legales consignadas al interior del inciso 2º del artículo 34 de la Ley 599 de 2000.

En segundo orden el operador judicial abordara el estudio acerca del real cumplimiento de los fines de la pena, pues bien puede suceder que no se verifiquen efectivamente, lo que sin duda puede conllevar por ejemplo, a que el funcionario no se aparte del mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad. Por ejemplo, cuando se trata de un procesado que presenta una edad de 70 años de edad, o un estado de salud lamentable, deberá imponerse una sanción penal que se asemeje a esas situaciones y que en todo caso busque la reincorporación del procesado a la sociedad.

5.4.6 El mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

La tentativa como dispositivo amplificador del tipo se encuentra regulada en el artículo 27 de la Ley 599 de 2000

en los siguientes términos:

“El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad (...)”.

Entonces, ese dispositivo amplificador supone ineludiblemente un comportamiento doloso que ha superado las fases del iter criminis correspondientes a la ideación y a la preparación del delito y que ha comenzado a ejecutarse, sin conseguir la última etapa que es la consumación y, desde luego, tanto menos su agotamiento³⁶.

Bajo es entendido, deberá tenerse en cuenta que tan cerca estuvo el procesado de consumir su conducta, para de allí encontrar un motivo mas para disminuir o aumentar la sanción que se impondrá por su comportamiento contrario a derecho. Por ejemplo, no resultará idéntica la pena para el enjuiciado que ha utilizado un arma de fuego para acabar con la vida de su enemigo desenfundándola en repetidas ocasiones sobre su caja torácica, que la de aquel que utilizó un arma corto-punzante que impacto sobre el estomago de víctima, pues el elemento utilizado por el primer sujeto tuvo mayor posibilidad de lesionar efectivamente el bien jurídico de la vida y por tal razón merece una sanción mayor.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de septiembre de 2006, radicado 24333, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

De acuerdo al ejemplo vale la pena advertir, que la tentativa de homicidio no exige una lesión efectiva sobre la vida del sujeto pasivo, pues para realizar el juicio de reproche bastará evidenciar la intención dolosa del agente de lesionar los bienes jurídicos de los demás –la vida–, es decir la voluntad que tuvo de colocarlos en peligro. Al respecto:

“La conducta punible de homicidio bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede presentarse aún en el caso en que la víctima haya resultado ilesa, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad médica, pues lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en riesgo, sin que la lesión resultante sea factor definitorio, como así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala.

Así, es claro, que la tentativa de homicidio se consuma con la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la intención de matar. No es necesario entonces, que la víctima haya resultado herida para que se perfeccione la comisión.”³⁷

5.4.7 El mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

Por último, el juzgador deberá determinar cual fue la calidad del aporte que realizó el partícipe en la fase ejecutiva de la conducta punible, criterio que al igual que los anteriores, puede llevar al funcionario judicial a alejarse del mínimo del primer cuarto punitivo. En estos eventos la casuística es amplia, por ejemplo, el partícipe que avisó al autor acerca de la hora en la que la residencia que desea hurtar se encuentra sola, no tendrá la misma pena de la que aquel que le entregó al ladrón un arma de fuego para atemorizar a los residentes que eventualmente podrían encontrarse en la vivienda.

6. QUE OCURRE CUANDO EL OPERADOR JUDICIAL SE DESVINCULA DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

6.1 A pesar del esfuerzo del legislativo para implementar unos criterios de determinación e individualización de pena que buscan alejar al funcionario judicial de criterios subjetivos al momento de determinar la sanción penal, en muchas ocasiones se desconocen los parámetros que exigen esas disposiciones, pues en repetidas ocasiones, el operador se limita a realizar la transcripción del contenido del artículo 61 de la ley 599 de 2000, para enseña-

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 08 de agosto de 2007, radicado 25974, MP. María del Rosario Gonzáles de Lemos.

da arrojar una determinación punitiva que se traduce en un guarismo carente de sustento jurídico, circunstancia que genera una falta de aplicación de la ley sustancial, pues se está desconociendo lo ordenado por el artículo 59 *Ibidem*. Esa particular situación ha conducido a que la instancia superior de cada uno de los funcionarios que desencadenó el error, proceda a corregirlo advirtiendo principalmente dos circunstancias.

6.1.1 La falta de motivación jurídica en la determinación de la pena obliga al superior funcional a imponer el guarismo mínimo consignado en el cuarto punitivo escogido por el juzgador.

En efecto, el legislador nacional en el artículo 59 de la Ley 599 de 2000 impuso a los operadores judiciales la obligación de sustentar el proceso de individualización de la pena, en la medida que toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para abordar el aspecto cuantitativo de la pena, el juzgador deberá ponderar, analizar y expresar con suficiente carga argumentativa, cada un de los parámetros consignados en el inciso 3° del artículo 61 *ídem*.

Cuando alguno de los sujetos procesales evidencie que el juzgador, sin emprender el suficiente y completo estudio de los factores de ponderación de determinación de la pena, resuelve

imponer una sanción que se aleja del guarismo mínimo de cualquiera de los cuartos escogidos, se encuentra en la capacidad de acudir a la interposición de recursos judiciales ordinarios o extraordinarios, con el fin de que el superior jerárquico subsane el yerro en el que se ha incurrido. Precisamente, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se ha encargado de enseñar que las consecuencias de los errores u omisiones de la administración de justicia no pueden ser atribuidas al procesado, circunstancia que ha llevado a que en trámites de segunda instancia ese cuerpo colegiado haya decidido imponer al procesado la pena mínima del cuarto en el que se ubicó el a quo, en la medida que al incumplir con la motivación cuantitativa de la pena, vulneró el debido proceso e incurrió en falta de aplicación de la ley sustancial. Al respecto:

“De otra parte, nada dijo en concreto de los factores de ponderación que le llevaron a tomar tal determinación, simplemente enunció los factores cualitativos como la gravedad y modalidad de la conducta y el grado de culpabilidad. Es por ello, que considera la Sala que le asiste razón al recurrente, pues la decisión de aumentar la pena más allá del mínimo punitivo le exigía al a quo una carga argumentativa en la que en forma particular diera a conocer las

razones que le llevaron a realizar tal aumento a partir de los criterios de ponderación del inciso 3° del artículo 61 del Código Penal. Ante tal carencia, y por falta de la motivación que sobre el tópico cualitativo (Sic) exige el artículo 59 del C.P., que no lo es la referencia genérica y abstracta a tales factores es por lo que este Cuerpo Colegiado ante la imposibilidad de suplir tal carencia por tratarse de un apelante único tomará como pena a imponer para tal punible el mínimo legalmente establecido.”³⁸

Ahora, vale la pena resaltar que el superior funcional, cuando se encarga de estudiar un recurso judicial de alzada que se sustente bajo falta de motivación del a quo en el proceso de determinación de la pena, no puede suplir esa ausencia de argumentación, por más que la situación fáctica pueda sustentar suficientemente todos los parámetros de ponderación del inciso 3° del artículo 61, en la medida que esa situación desconocería las formas propias del juicio y el derecho de defensa porque el proceso, por esencia de doble instancia, quedaría reducido a una, con una determinación recurrible sólo a través del recurso extraordinario

de casación³⁹.

6.1.2 La falta de motivación jurídica en la determinación de la pena no obliga al superior funcional a imponer el guarismo mínimo consignado en el cuarto punitivo, sino a estudiar en conjunto los argumentos de la sentencia condenatoria, para determinar a partir de allí, si se encuentra justificado el aumento en la determinación de la pena.

No obstante lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2000 se ha encargado de postular otra tesis sobre los efectos que genera la falta de motivación en la determinación de la sentencia por parte del a quo. Al respecto enseñó que el sustento de la dosificación punitiva no debe estar contenido necesariamente en el capítulo destinado en la sentencia para esa temática, pues si dicha motivación aparece en el contexto de la providencia, no habría lugar a predicar el desconocimiento de ese deber funcional, por la potísima razón de haber contado la defensa, en todo caso, con la real posibilidad de cuestionar los criterios dosimétricos considerados por el funcionario judicial⁴⁰.

6.2 Empero, el autor respetuosamente considera que la posición de la Corte no es la más adecuada, pues acudir al cuerpo de la sentencia condenatoria

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de mayo de 2008, radicado 27004, MP. Augusto Ibáñez Guzmán.

39 Al respecto consultar: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala penal, sentencia de julio de 2010, radicado 10013104053200700345 01 (021.10), M.P Adalgiza Neira Palacios.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 05 de diciembre de 2007, radicado 28125, MP. Augusto Ibáñez Guzmán.

para encontrar allí, como si se tratara de una búsqueda selectiva, la motivación cuantitativa de la pena a imponer, sería tanto como admitir que la condena hace parte de los elementos de la conducta punible, cuando ello no es así, pues la sanción es la consecuencia que recibe el infractor de la norma punitiva. En efecto, generalmente la parte considerativa de un fallo de primera instancia se encuentra subdivida en el estudio de cada una de las sedes que conforman la estructuración del delito, por lo que los argumentos que se sustentan a partir del valor suasorio arrojado por los medios de convicción, bajo ninguna circunstancia alcanzan a demostrar los factores de ponderación del inciso 3° del artículo 61 del Código Penal; por ejemplo, los argumentos tendientes a demostrar la concurrencia de la tipicidad de la conducta punible en modo alguno podrían hacer relación a la gravedad del hecho o al daño real o potencial creado, pues simplemente buscan determinar que efectivamente la conducta encaja en las previsiones legales establecidas previamente, sin que se estudien allí los aditivos de los que se habló en precedencia. Ahora, el juzgador puede hacer un estudio de los factores de ponderación para la determinación de la pena en la parte considerativa del fallo, pero siempre resultará mejor y más entendible para el procesado –recuérdese que es él quien finalmente es al que le interesa conocer con claridad los argumentos del juez que lo condena- observar y entender cuales son los parámetros y

argumentos que aumentaron o disminuyeron su tiempo de reclusión.

Bajo esa misma línea argumentativa, debe tenerse en cuenta que una pena tan inmotivada lesiona el derecho fundamental del acusado al debido proceso y a la defensa, pues al hacerlo posible de una sanción que no opera por exclusivo ministerio de la ley, sin expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que la harían viable, se niega toda posibilidad de controversia⁴¹.

7. LA DOSIFICACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CUANDO DE CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES SE TRATA.

7.1 El artículo 31 de la Ley 599 de 2000 señala:

“Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de octubre de 2003, radicación 17606. En el mismo sentido, sentencia del 10 de junio de 2009, radicación 27618, y sentencia del 25 de agosto de 2010, radicación 33458.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

7.2 En materia de concurso de conductas punibles, la ley dispone que el enjuiciado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. Ello implica entonces, que el funcionario judicial, de entre los varios ilícitos concurrentes, deba seleccionar cuál es en concreto la conducta que ameritaría pena mayor, y para éste efecto debe proceder a individualizar las distintas penas, con el fin de escoger la más gravosa y, posteriormente, decidir en cuánto la incrementa habida consideración del número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas, teniendo en cuenta básicamente tres reglas: i) no exceder el doble de la pena ya impuesta; ii) no exceder el resultado de la suma aritmética de las penas individualmente dosificadas para cada delito y iii) no superar en la imposición, 60 años de prisión⁴².

La legislación penal colombiana acude entonces a lo que la doctrina ha denominado la acumulación jurídica de penas, sistema de dosificación que es más razonable y ajustado a los parámetros constitucionales de los que se

encuentra impregnado un Estado Social de Derecho, porque no cae en los extremos de rigor exagerados que conlleva el sistema de acumulación material o aritmética, ni en la benignidad del sistema de absorción, en la medida que se escoge la pena más grave y se aumenta hasta en otro tanto, buscando siempre el respeto y primacía por el principio de proporcionalidad.⁴³

7.2.1 La determinación de la pena más grave según su naturaleza.

Cuando se presente la modalidad de concurso de delitos, el juzgador está obligado a individualizar la pena que corresponde a cada uno de estos, siguiendo los factores de ponderación que ya se han advertido previamente, para luego observar cual en verdad será la pena más grave. No basta con advertir que la pena abstracta asignada por el legislador a determinada conducta punible es más alta que la otra, o que un delito protege un bien jurídico de mayor envergadura y por eso es más grave la acción que genere la tipicidad del mismo; siempre será necesario dosificar cada una de las penas que contemplan los delitos que están concursando, pues puede suceder que el delito aparentemente más grave termine con una pena inferior, porque se presentó el descuento de un fenómeno pos delictual que la disminuyó, o cualquier otra circunstancia que influye en el marco punitivo. Ejemplo:

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de diciembre de 1998, radicado 10584. MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 07 de octubre de 1998, radicado 10987, MP. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Una hipotética situación fáctica originó que la Fiscalía General de la Nación acusara a un ciudadano por la comisión de los delitos de tentativa de homicidio simple –artículos 27 y 103 C.P.- y hurto calificado agravado –artículos 239, 240 inciso 1° y 241 numeral 9°-. En principio podría pensarse que la acción más grave fue la que atentó contra la vida del sujeto pasivo de la acción, pues se puso en riesgo al derecho fundamental más importante que posee un coasociado dentro de un estado social de derecho. No obstante lo anterior, deber recordarse que el parámetro de determinación consiste en establecer la pena más grave según su naturaleza, lo que implica que se debe realizar el ejercicio de dosificación de cada una de las penas consagradas para cada uno de los delitos.

Después de abordar de manera individual cada uno de los factores de ponderación del inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, supóngase que el juzgador resuelve imponer 107 meses de prisión.

Después de abordar de manera individual cada uno de los factores de ponderación del inciso 3° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, supóngase que el juzgador resuelve imponer 120 meses de prisión.

Entonces, como se observa, la pena más grave es la correspondiente al delito de hurto calificado agravado y está se constituirá en el punto de partida para decidir en cuánto se incremen-

ta habida consideración del delito que hace parte del concurso analizando su gravedad y sus modalidades específicas. De tal suerte que no se puede dejar llevar el juzgador por la gravedad de la conducta, o la ubicación del tipo penal en el bien jurídico, pues puede suceder que, como en este caso, y de acuerdo a la “política criminal del estado” resulte más sancionable un ataque contra el patrimonio económico que contra la propia vida.

Pero puede ocurrir también que esa no sea la pena más grave, en la medida que ésta se puede disminuir si el procesado cumple con las exigencias contenidas en el artículo 269 del Código Penal. Efectivamente, si así lo hace, el juzgador se encuentra en la obligación de disminuir por lo menos el 50% de esa fracción por lo que la pena para el delito atentatorio del patrimonio económico sería de 60 meses, lo que conllevaría a establecer que la pena más grave es la contemplada por la conducta punible de tentativa de homicidio.

Lo anterior para significar entonces, que definitivamente resulta necesario entrar a individualizar cada una de las penas contempladas por los delitos que hacen parte del concurso de conductas punibles, pues solo a través de ese ejercicio puede determinarse con precisión cual será la sanción más grave. En efecto, la Corte Suprema de justicia se ha encargado de hacer un llamado de atención a las instancias que precedieron su intervención, en el sentido

de indicarles:

7. Advierte por último la Sala, en consideración al equivocado entendimiento de las instancias sobre la forma de tasar la pena en el concurso de conductas punibles, que antes y ahora el delito que sirve de punto de partida para la graduación punitiva es el que en concreto amerite una pena mayor, lo cual le implica al funcionario judicial dosificar la pena de cada uno para así poder elegir el más grave.⁴⁴

7.2.2 El aumento hasta en otro tanto.

Establecida entonces la pena más grave, el juez deberá aumentarla hasta en otro tanto, es decir, y debe quedar claro, el juzgador se encuentra en la posibilidad de aumentar, por la concurrencia de las restantes conductas punibles, hasta un monto igual al de la pena básica que fue considerada como más grave, siempre que, por supuesto, el ejercicio argumentativo encuentre fundamentación con los fines y funciones de las sanciones penales y se armonice con los parámetros de ponderación del inciso 3° del artículo 61. Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

que al respecto señaló:

“Considera la Sala que el censor le da al artículo 31 del Código Penal una interpretación equivocada, puesto que según dicha preceptiva y determinada la pena para el delito más grave, el aumento de la sanción por razón del concurso de delitos, no puede exceder el doble de la estimada en concreto en el caso particular, ni puede resultar superior a la suma aritmética de las que correspondían si el juzgamiento se realizara separadamente para las distintas infracciones, ni superar los 40 años de prisión de que trata el inciso segundo de esa preceptiva.

En esas condiciones, resulta claro que el incremento de pena por razón a la concurrencia de conductas punibles, contrario a lo afirmado por el censor, debe ser en otro tanto de la sanción determinada para la conducta más grave, sin que pueda ser superior, en ningún caso, a la suma aritmética de la sanción correspondiente ni a cuarenta años de prisión.⁴⁵

43 Pérez Bedoya Ob. Cit, Pág. 94.

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de agosto de 2004, radicado 20849, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicado 20354, MP. Jorge Luis Quintero Milanes.

En otro pronunciamiento, la misma Corporación indicó:

*Ahora bien: individualizadas las penas de las conductas y elegida la mayor, ésta es el referente para el aumento de hasta otro tanto autorizado por la ley. Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el Juez al fijar la pena en el concurso, como lo entendió el Tribunal, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave.*⁴⁶

Bajo el norte que impone ese pronunciamiento jurisprudencial vale la pena indicar, a manera de ejemplo, que si la pena más grave se fija en 10 años, el “hasta otro tanto implica que por la comisión de las conductas punibles que concursan, se podrán imponer hasta 20 años (10+10 =20) de prisión adicionales, no importa que se trate de tres delitos, cuatro delitos, treinta delitos, en todo caso la pena a imponer no podrá exceder del doble de la individualmente considerada tomada como pena mas grave, tampoco podrá exceder de la suma aritmética de las individualmente consideradas y mucho menos de 60 años de prisión. Esas son las tres reglas básicas que nunca se deben

fragmentar en el ejercicio de dosificación punitiva de concurso de conductas punibles.⁴⁷

Vale la pena advertir que el incremento hasta en otro tanto, debe realizarse con suficiente carga argumentativa y de manera individual por parte del juzgador, frente a cada una de las conductas punibles que concursan, pues de lo contrario se incurriría en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 59 de la Ley 599 de 2000.

Cuando esto no ocurre, es decir, cuando el juzgador simplemente se limita a arrojar un guarismo indeterminado frente a la sanción que se impondrá por la comisión de las restantes conductas punibles, la segunda instancia se encuentra en la obligación de imponer la cifra mínima establecida por el cuarto en el que se ubicó el funcionario judicial al momento de individualizar cada una de las conductas punibles .

7.2.3 El aumento hasta en otro tanto, no puede ser superior a la cifra individualmente determinada y tomada como más grave, tampoco a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, y tampoco podrá exceder de 60 años.

Primero: Se está dosificando la pena

46 Ibidem.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 16 de marzo de 2005, radicado 21296, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

de tres delitos que concursan entre sí. Después de abordar de manera individual la determinación de pena de cada uno de estos, el juzgador encuentra que por el primero impone 20 años de prisión, por el segundo 15 y por el tercero 10. Entonces, la pena más grave será la del primer delito. A partir de allí el juzgador podrá aumentar hasta en otro tanto esa sanción, para castigar la comisión de los otros dos, pero en todo caso ese aumento no podrá ser superior a 40 años, pues ese el doble de la pena más grave.

Segundo: No obstante lo anterior, puede suceder que la limitante sea la de la suma aritmética de las penas individualmente consideradas. Por ejemplo. Se está dosificando la pena de dos delitos que concursan entre sí. El juzgador encuentra, después de dosificar de manera individual, que por el primero debe imponer 10 años de prisión y por el segundo 4. En principio el hasta en otro tanto sería de 20 años ($10+10=20$); sin embargo, al proceder en ese sentido se excedería la suma aritmética de las penas individualmente consideradas, pues $10+4=14$. Entonces, en este caso la pena no podrá ser superior a 14 años de prisión.

Tercero: Puede suceder también, que la limitante la constituya los 60 años de prisión. Por ejemplo, un concurso de homicidios agravados. El juzgador considera que la pena más grave son 35 años de prisión, por lo que el aumento hasta en otro tanto, para san-

cionar las restantes conductas punibles podría llegar a ser de hasta 70 años ($35+35=70$). Sin embargo, el inciso 2° del artículo 31 de la Ley 599 de 2000 indica que en ningún caso, cuando se trata de concurso de conductas, la pena podrá ser superior a 60 años. Entonces, será ese el límite del hasta otro tanto.

8. LA REBAJA DE PENA POR LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS. EL ARTÍCULO 269 DE LA LEY 599 de 2000.

8.1 La disposición legal mencionada se encuentra establecida en el Código Penal bajo el siguiente tenor:

“Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.”

8.2 La comisión de un delito en contra del patrimonio económico, como conducta típica, antijurídica y culpable, genera dos tipos de daño, uno público, - general- derivado de la acción penal que faculta al Estado para investigar y sancionar conductas ilícitas, potestad que se activa porque se desconocen las normas impuestas por el legislador para mantener las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la sociedad, y un daño privado -particu-

lar- por afectar el capital de las personas. De este último perjuicio, surge el derecho de resarcimiento e indemnización que le asiste a la víctima y que comprende, como elementos del daño, y a cargo del delinciente, entre otras cosas, la devolución de bienes si fuere el caso, y la compensación por pérdidas de ingresos. (Reparación por daños).⁴⁸

Efectivamente, cuando el sujeto activo de alguno de los delitos atentatorios del patrimonio económico, muestra una actitud de indemnización, que de cierto modo revela un arrepentimiento con el que se pretende retrotraer las cosas al estado en las que se encontraban antes de la ejecución del delito, puede hacerse merecedor a una sustancial rebaja de pena, pues finalmente, a través de esa motivación, el legislador pretendió buscar el verdadero restablecimiento de los derechos quebrantados con el injusto.

8.3 Entonces, como se trata de una conducta que se exterioriza después de la ejecución del delito, precisamente para mermar las consecuencias que generó el mismo, las previsiones del artículo 269 del Código penal –contrario a lo expresado por algunos funcionarios judiciales–, no se constituyen como circunstancias modificadoras del marco punitivo básico que presente el delito contra el patrimonio económico; de ahí que se diga que se trata de

un fenómeno post-delictual, en consecuencia el descuento punitivo a que haya lugar debe ser observado por el juzgador una vez se encuentre individualizada la pena. En efecto:

“Los beneficios penales, propios de la justicia distributiva, corresponden a mecanismos que benefician la situación jurídica del procesado con base en supuestos y valoraciones procesales o sustanciales que se cumplen con posterioridad a la consumación del delito, no se identifican con los elementos que estructuran la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la responsabilidad por el punible imputado, o los grados de participación. En estas condiciones, su concurrencia no afecta los extremos punitivos mínimo y máximo previstos para el delito reprochado, inciden exclusivamente en la pena una vez individualizada.

Bajo los supuestos señalados, constituyen beneficios penales, entre otros, las deducciones de pena por confesión, sentencia anticipada, reparación en los delitos contra el patrimonio económico o el reintegro en los delitos contra la administración pública o las deducciones por colaboración eficaz.”⁴⁹

De acuerdo a lo expuesto, vale la pena resaltar también, aunque no es el objeto de este trabajo, que los beneficios punitivos consagrados en los artículos 351, 355 numeral 5° y 367 de la Ley

48 Al respecto consultar: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala Penal, sentencia del 26 de febrero de 2010, radicado: 110016000017200907521 01. MP. Jairo José Agudelo Parra.

49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2004, radicado 20615, MP. Hernán Galán Castellanos.

906 de 2004, también son fenómenos post-delictuales, pues hacen alusión estricta a la aceptación de cargos que se realiza frente a una conducta punible que presenta todos los requisitos legales para ser catalogada como tal, en consecuencia el descuento al que haya lugar deberá realizarse una vez individualizada cada una de las penas que presente el delito imputado y aceptado, pues no se puede olvidar que el descuento también cobija a la pena acompañante de multa y a las penas privativas de otros derechos.

8.4 Aclarado el punto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha encargado, a través de múltiples providencias, de enseñar a los funcionarios judiciales que la figura jurídica de reparación contenida en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000: i) se trata de una circunstancia post-delictiva a la conducta punible, lo que la configura como un mecanismo de reducción de pena, mas no de una atenuante de responsabilidad penal o de disminución del marco punitivo; ii) tal característica afecta, entonces, la pena una vez individualizada, y no los límites punitivos de movilidad en los que se ha de desplazar el juzgador; iii) la simple manifestación de arrepentimiento del procesado por el hecho cometido, o de imploración de perdón por los daños

causados, no satisface la exigencia legalmente establecida, iv) La reparación procede aun tratándose de delitos tentados y v) para ponderar el monto a reducir la pena, - $\frac{1}{2}$ o $\frac{3}{4}$ partes - cuenta el momento procesal en que se produjo la indemnización.⁵⁰

Ahora bien, para hablar de reparación integral en los términos del precitado artículo 269 del C. P., se impone, primero constatar si se verificó antes de dictar sentencia de primera instancia y, desde luego, que por parte del responsable haya habido realmente restitución del objeto material del delito o su valor, e indemnización de los perjuicios ocasionados a la víctima. En otras palabras, los dos primeros requisitos no son convergentes, pero la indemnización de perjuicios si debe acompañar a alguno de los dos, a menos que, claro está, la víctima exprese sentirse indemnizada plenamente. En efecto,

8.5 Entre tanto, también debe advertirse que la rebaja por reparación no concurre con la circunstancia de menor punibilidad genérica consignada en el artículo 55 numeral 6º, pues conceder a la misma situación dos consecuencias jurídicas favorables sería permitir el abuso por el derecho⁵¹.

8.6 Debe advertirse también que dentro del procedimiento penal, a la víc-

50 Al respecto continuar observando: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias con números de radicación 25408, Rad. 18856, Rad. 9833 Rad. 15613 y Rad. 28161 entre otros.

51 Al respecto consultar: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala penal, sentencia del 30 de agosto de 2010, radicado 110016000049200800715 01, MP. Jairo José Agudelo Parra. En esa providencia la Sala advirtió que se constituye en un abuso al derecho la asignación de doble consecuencia jurídica a una misma circunstancia.

tima del delito se le ha asignado un papel importante, de tal suerte que su opinión e intervención activa se constituye en la materialización y respeto por los derechos de acceso a la justicia, verdad y reparación. No obstante lo anterior, y precisamente frente al último de los derechos mencionados, ha sido la Corte Suprema de Justicia la que se ha encargado de indicar que el sistema no puede encontrarse sometido al capricho o actitud vindicativa de ésta parte interviniente, lo que en consecuencia, y para lo que en este momento importa, ha llevado a predicar la indemnización integral de perjuicios sin que medie su consentimiento expreso, pues el procesado, si bien se encuentra en la obligación de repararla, no puede colocarse en la tarea de implorar que se reciba el monto de dinero, que a manera de indemnización propone. En todo caso, los perjudicados, por el claro interés que tienen en la decisión, deberán conocer los resultados del peritaje para poder pedir aclaración del mismo u objetarlo si lo estiman necesario⁵².

Entonces, cuando se presente esta situación el procesado o su defensor técnico, se encuentran en la capacidad de acudir a un perito con el fin de que él, a partir de su experiencia, tase el monto real de los perjuicios generados al sujeto pasivo del delito, y a partir de allí el enjuiciado pueda, a mane-

ra de ejemplo, realizar una consignación bancaria unilateral en la cuenta corriente de su víctima, con lo que se entenderá satisfecha la indemnización, siempre que, claro está, esta se haga antes de dictarse sentencia de única o primera instancia.

8.7 Ahora, bien, puede suceder que se arribe a un convenio de voluntades, es decir, que los dos extremos de la pretensión indemnizatoria concilien sus diferencias, sin que pueda afirmarse que se privilegia alguna de las posiciones para obligar a la otra parte a aceptarla, de manera que desprovistos de vicios del consentimiento, los acuerdos que se celebran entre víctima y victimario en el marco de la audiencia de reparación integral son producto de la libre decisión de los intervinientes, porque la primera puede negarse a reducir sus pretensiones y la segunda rehusar el pago de lo reclamado por aquélla, radicando aquí la razón por la que “Se debe entender como valor suficiente a título de reparación el monto de la indemnización que libre y voluntariamente acuerden el sujeto activo del comportamiento ilícito y la víctima, aun cuando sea inferior al agravio inferido.”⁵³

8.8 Otro aspecto que resulta importante aclarar, es que la rebaja de pena por reparación integral, se constituye en un imperativo para el juez de co-

52 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, El proceso penal, Universidad Externado de Colombia, 2002, p.515, citados en la sentencia de casación del 09 de abril de 2008, radicado 28161, MP. José Leonidas Bustos.

53 Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación del 22 de junio de 2006. Rad. 24817

nocimiento, lo que significa que es un derecho del procesado acceder al descuento punitivo, siempre que cumpla con las disposiciones normativas exigidas para ese efecto. Precisamente ese argumento, llevó a que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia enseñara que el descuento punitivo al que se puede hacer acreedor el procesado no se excluye con el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, pues no se trata de un beneficio, ni de un subrogado, sino de –ya se dijo– un derecho adquirido. En efecto la Corte, en el año 2009, consagró su línea jurisprudencial diciendo:

“Así las cosas, resulta equívoco negar la disminución punitiva del artículo 269 a aquellas personas que, en los términos del artículo 68A *ibidem*, hayan sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores.

Dicha rebaja no es un subrogado penal, un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad, de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional. Tampoco puede catalogarse dentro de los beneficios legales a los que de manera residual se refiere la norma.

8.9 Ha sostenido la jurisprudencia que los beneficios penales son aquellos mecanismos que favorecen la situación jurídica del procesado “con base en supuestos y valoraciones procesales o

sustanciales que se cumplen con posterioridad a la consumación del delito, no se identifican con los elementos que estructuran la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la responsabilidad por el punible imputado, o los grados de participación.”. En ese orden, su concurrencia solo incide en la pena una vez individualizada.”

Finalmente el alto tribunal concluyó:

“En ese orden de ideas resulta importante aclarar que la rebaja punitiva de que se viene hablando es un beneficio que por ser imperativo se convierte en un derecho y, como tal, no está incluido dentro de los supuestos señalados por el artículo 68A del Código Penal.”

Otro punto que resulta importante resaltar, y que en la práctica judicial se olvida, es que si el pago que se realizó en busca de la reparación por el imputado, algún coautor, o algún partícipe, en todo caso, todos los que intervinieron como sujetos activos del delito se verán beneficiados con el descuento punitivo al que haya lugar, pues se trata de obligaciones solidarias. Sin embargo, el juez puede, motivadamente, como en todos los eventos de dosificación, disminuir la pena en proporciones distintas, pues, en principio, nadie discutiría que el descuento ha de ser mayor para aquel que realizó la indemnización que para aquel o aquellos que no lo hicieron.

9 CONCLUSIONES

Lo primero que ha de advertirse en este acápite, es que la pena privativa de la libertad impuesta a un ciudadano sometido a jurisdicción penal, como consecuencia de la omisión o ejecución de una conducta punible, se constituye en el máximo castigo legal que puede imponer el Estado a través del ejercicio del *ius puniendi*, pues se trata de la restricción de algunos de los derechos que resultan más relevantes para el enjuiciado, particularmente el de su libertad de locomoción.

A partir de ese presupuesto, se impone a los funcionarios judiciales encargados de realizar el proceso de dosificación de la pena privativa de la libertad, la obligación explícita de determinar la cualitativa y cuantitativamente, so pena de vulnerar el debido proceso, particularmente en sus acepciones de defensa y contradicción. Además de esa carga ineludible, debe concluirse también que la determinación de la pena privativa de la libertad en la Ley 599 de 2000 se constituye como un proceso regido por la imparcialidad y discrecionalidad del juez, pues es solo a través de esos presupuestos que logra arribarse a la asignación exacta de una sanción penal que presente coherencia con el fallo de condena y que además resulte consecuente y justa para el ciudadano que sufre las consecuencias del Derecho Penal.

No obstante lo anterior, existen algu-

nos procesos de dosificación punitiva que en la praxis judicial resultan problemáticos, y en consecuencia merecen mayor estudio y atención por parte del funcionario judicial, pues podría caerse en el error de imponer una pena injusta, verbigracia, por no ubicarse dentro de los parámetros fijados por el legislador, o dentro del ámbito de movilidad punitivo que en verdad corresponde para tasar la pena, lo que sin duda generaría consecuencias nefastas para el ciudadano sometido a jurisdicción penal quien, no se olvide, se constituirá siempre en el sujeto pasivo de la acción punitiva del estado.

Es importante concluir también, que la imposición de la sanción privativa de la libertad se encuentra supeditada a los fines y funciones de la pena, de tal suerte que su imposición, no solo se encuentra limitada por una carga argumentativa que demuestre que efectivamente la imposición se hace necesaria, sino que además la escogida resulta proporcional y esencialmente justa, con lo que se otorgará cumplimiento efectivo a las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

REFERENCIAS

DAZA GONZALES, Alfonso, las pruebas en el nuevo sistema procesal penal colombiano, Universidad Santo Tomas, 2009

ROXIN, Claus, "Iniciación al derecho penal de hoy", Secretariado de Publicaciones de Sevilla, 1981, p. 30, citado en COTE-BARCO, Gustavo Emilio. "la necesidad de la pena – reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del código penal colombiano". Universitas. Bogotá (Colombia) N° 114: 191-226, julio-diciembre de 2007.

GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal. Dosificación punitiva. 2011

LÓPEZ MORALES, Jairo. "Antecedentes del nuevo Código Penal". Ediciones doctrina y ley. Bogotá D.C. 2000.

PÉREZ BEDOYA, Orlando de Jesús. "Manual para la dosificación de la pena". Editorial Universidad Santiago de Cali. Cali. 2008.

PINZÓN PINZON Javier. Individualización de las penas privativas de la libertad. Editorial Ediciones librería del profesional. Bogotá 2002.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal Parte General. Librería jurídica Comlibros Cuarta edición. Bogotá 2009.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional, sentencia del dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999) Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia de

constitucionalidad del veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). radicado C-070. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicado 022 MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), radicado C-591. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia del 11 de febrero de 2003, radicado 17392, MP. Fernando Arboleda Ripoll.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 1994, radicado 8485, MP. Dídimo Páez Velandia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 13987, MP. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). radicado C-070. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del veintitrés (23)

de enero de mil novecientos noventa y seis (1996). Radicado 022 MP. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad del catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), radicado C-591. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de única instancia del 11 de febrero de 2003, radicado 17392, MP. Fernando Arboleda Ripoll.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de agosto de 1994, radicado 8485, MP. Dídimo Páez Velandia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 13987, MP. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Ley 599 de 2000.

Ley 906 de 2004

Ley 270 de 1996.

Decreto Ley 100 de 1980

Esta revista se terminó de imprimir en
Diciembre de 2011
en los talleres gráficos de:



GRAFILASSER

Editores • Impresores

☎s 7431272 / 7447637

TUNJA - BOYACÁ



Principia IURIS

Contenido

16

EDITORIAL.....	15	El gobierno de los jueces, el control de constitucionalidad, entre la política, la democracia y el derecho.....	233
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE CARÁCTER GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LA CIENCIA JURÍDICA		<i>Ph.D. (c) Diego Mauricio Higuera Jiménez</i>	
El por qué de los semilleros.....	19	SECCIÓN II. TEMA CENTRAL - CIUDADANO, ESTADO Y JUSTICIA: LA REHIVINDICACIÓN POR EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	
<i>Dr. Jairo Parra Quijano</i>		La desaparición forzada de personas y su perspectiva jurídica en derechos humanos como delito pluriofensivo: derechos de las víctimas y su respaldo político.....	289
Carlos Arturo Torres E Idola Fori.....	27	<i>Mg (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez</i>	
<i>Mg. Carlos Gabriel Salazar</i>		Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable.....	307
La estructura del proceso contencioso administrativo en la ley 1437 de 2011 y la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.....	39	<i>Esp. José Leonardo Suarez</i>	
<i>Mg. Fernando Arias García</i>		La determinación judicial de la pena privativa de la libertad en la ley 599 de 2000: un estudio dogmático de los postulados jurídicos contenidos en los artículos 31, 55, 58, 60,61, y 269 del código penal colombiano.....	331
La ley 1395 de 2010 y sus reformas al proceso declarativoDiego Alejandro López Laiton.....	61	<i>Esp. Gustavo Aguilera B.</i>	
<i>Mg. Fernando Badillo Abril</i>		Seguridad, garantías y derecho penal: la batalla de las minorías.....	377
Problemas jurisprudenciales del mutuo disenso tácito por mutuo incumplimiento.....	83	<i>Lt. Vanesa S. Alfaro</i>	
<i>Mg. José Helvert Ramos Nocua</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	
Llamemos las cosas por su nombre del tributo como carga impositiva al tributo como principio de solidaridad del ciudadano.....	121	Algunas consideraciones en torno al fenómeno migratorio: migración subjetiva y transicionalidad.....	397
<i>Esp. Rubén Darío Serna Salazar</i>		<i>Lic. Genaro Velarde Bernal</i>	
Competencias ciudadanas para una sociedad sin corrupción.....	143	La guerra en el derecho internacional humanitario y la lucha contra el terrorismo después del 11s: notas sobre el régimen talibán.....	413
<i>Ph.D Yolanda M. Guerra García</i>		<i>Mg. Eyder Bolívar Mojica</i>	
Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia.....	167		
<i>Esp. Mario Alfonso Villate Barrera</i>			
El estado de cosas inconstitucional en la política pública de desplazados, con respecto a los derechos de atención humanitaria de emergencia y vivienda y su correlación con el presupuesto nacional y el de las entidades territoriales.....	189		
<i>Mg. (c) Yenny Carolina Ochoa</i>			

