

**ELEMENTOS DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL COLOMBIANA**

**ANA LEONOR ALFONSO PÉREZ  
MARTHA ESPERANZA CRISTANCHO SALAMANCA**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ D. C.  
2010**

**ELEMENTOS DE LA PENA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL COLOMBIANA**

**ANA LEONOR ALFONSO PÉREZ  
MARTHA ESPERANZA CRISTANCHO SALAMANCA**

**Trabajo de Investigación para optar la especialización en Derecho Penal,  
Constitucional y Penal Militar**

**HÉCTOR ALARCÓN GRANOBLES**  
*Asesor*

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ D. C.  
2010**

## CONTENIDO

	Pág.
<b>RESUMEN</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>6</b>
<b>1. DEFINICIÓN DE PENA</b>	<b>8</b>
<b>2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PENA</b>	<b>10</b>
2.1 DIGNIDAD HUMANA	10
2.2 NECESIDAD	11
2.3 PROPORCIONALIDAD	12
2.4 RAZONABILIDAD	12
2.5 IGUALDAD	12
2.6 LEGALIDAD	12
2.7 PROHIBICIÓN DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN	13
2.8 MOTIVACIÓN	14
<b>3. FINES DE LA PENA</b>	<b>15</b>
3.1 FUNCIÓN DE PREVENCIÓN GENERAL	15
3.2 FUNCIÓN DE RETRIBUCIÓN JUSTA	16
3.3 FUNCIÓN DE PREVENCIÓN ESPECIAL	16
<b>4. DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME LA JURISPRUDENCIA</b>	<b>21</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>27</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>28</b>

## **RESUMEN**

La figura de la determinación de la pena puede ser vista desde varios ángulos. O bien como una forma en que la ley señala los límites punitivos y fija el monto de pena a imponer (determinación legal), o cuando el legislador arroja al funcionario judicial a una abierta discrecionalidad, a veces reglada (determinación judicial) para que sea éste quien realice la imposición cuantitativa de la sanción penal, o cuando es la ley la que entrega a las autoridades encargadas de la ejecución de la pena dicha tasación (determinación administrativa).

En Colombia se ha partido de un justo medio entre la determinación legal y la judicial, en cuya legislación se entregan los parámetros generales en que se enmarca la pena para cada delito, a ello se denomina límites mínimos y máximos. Luego el funcionario debe establecer las figuras que permiten ampliar el marco denominados dispositivos amplificadores del tipo penal, estableciendo definitivamente un máximo y un mínimo cuya diferencia arroja un ámbito de movilidad el cual se divide entre cuatro. Cada segmento se denomina cuarto punitivo, entendiendo que el primero es el mínimo, el segundo es el primer cuarto medio, el tercero es el segundo cuarto medio y el último es el cuarto máximo.

Para la selección de cuartos el legislador señaló la consideración de circunstancias de mayor o menor punibilidad, si no existe ninguna o sólo están presentes las primeras, se debe ubicar el determinador de pena en el cuarto mínimo, mientras que si concurre por lo menos una circunstancia de agravación se ubica en el máximo. Y si llegado el caso de la acusación se deducen por lo menos una circunstancia de agravación y una de atenuación la pena se fija en los cuartos medios.

Ya escogido el cuarto correspondiente la pena se señala dentro de dicho segmento con base en la discrecionalidad del juez y atendiendo a la gravedad del hecho, la intensidad del dolor, la lesividad al bien jurídico y los efectos nocivos del acto.

De esta manera de la Corte Suprema de Justicia interpretando al legislador sentó los parámetros de la determinación de la Pena en Colombia.

### **PALABRAS CLAVES**

Pena

Fines de la pena

Función de la pena

Prevención, retribución.

## **ABSTRACT**

It is like that, since the Supreme Court of Justice interpreting the legislator it sat the parameters of the determination of a sorrow in Colombia.

The determination of a sorrow(sentence) can be seen from several perspectives: as a form in which the law indicates the punitive limits and fixes the amount of a sorrow(sentence) to imposing (legal determination), or when the legislator throws the judicial civil servant to an opened discretion, sometimes ruled (judicial determination) in order that it(he) is this one who realizes the quantitative imposition of the penal sanction, or when it is the law the one that delivers to the authorities in charge of the execution of a sorrow(sentence) the above mentioned appraisalment (administrative determination). In our country, Colombia splits of an average just person between (among) a determination and other one (legal, judicial) with general parameters, where a sorrow (sentence) is framed for every crime (maximums and minimums).

Chosen the fourth correspondents, a sorrow(sentence) distinguishes itself inside the above mentioned segment under discretion of the judge, attending to gravity of the fact, affectation of the juridical good tutelado, intensity of the pain, everything harmful that could be the action(share) opened(deployed) by the author of the fact.

## **KEYS WORK**

DETERMINATION, A SORROW, LIMITS, MOBILITY, QUANTITATIVE.

## INTRODUCCIÓN

La noción tradicional de la pena desde la perspectiva de sus consecuencias jurídicas, suele entenderse formalmente como la respuesta aflictiva del Estado a una conducta que estima lesiva a los supremos intereses de los asociados.

Esa concepción ideológica y semántica no logra definir el sentido teleológico y finalista de la sanción como instrumento eficaz restaurador de la armonía social, vale decir, no satisface las expectativas de encontrar una respuesta que satisfaga las preguntas alrededor de los elementos, naturaleza, fines y manejo de la sanción como presupuestos esenciales para colmar la razón de ser de la pena en su espectro socialmente relevante,

Los tratadistas del derecho penal, la criminología, sociólogos y filósofos de variadas vertientes no cesan de discurrir sobre tan polémico asunto, principalmente sobre tres temas puntuales referidos a la justificación, el sentido y fin de la pena. Aceptada la justificación de la pena, ecuménicamente tolerada como respuesta legítima del Estado en ejercicio del *jus puniendi*, condición indispensable para preservar la existencia comunitaria, no está resuelto lo concerniente a los dos últimos interrogantes, proverbialmente materia de discusión y polémica.

La discusión sobre el tema ha dado lugar al surgimiento de la teoría absoluta, la relativa y la ecléctica o sincretista. Para la primera, resulta relevante el sentido más que el fin de la sanción, pues lo que la pena expresa primordialmente es la retribución, el señalamiento de un mal, una carga como respuesta al mal y daño ocasionado, y ello basta y agota la finalidad del castigo.

Desde esa perspectiva absoluta, la pena es consecuencia justa y necesaria de la infracción cometida, expresa una necesidad ética, o como la comprendió Emmanuel Kant, un imperativo categórico, o en el lenguaje de Hegel, una necesidad lógica, negación del delito y consolidación del Derecho. De algún modo, esa concepción ideológica de la pena responde a la idea arrigida de la retaliación la venganza y la idea esencialmente retribucionista de la sanción como remedio para el restablecimiento del orden social.

A su turno, la teoría relativa de la pena involucra los conceptos de prevención especial y prevención general que de alguna manera ha recogido el legislador colombiano a tiempo de enunciar sus fines. La prevención general que cumple la pena se traduce en el poder de intimidación que tiene la sanción como mecanismos de disuasión para que los asociados se abstengan de incurrir en acciones delictivas, por el temor de saber que resultarían afligidos con el rigor de la pena.

Finalmente, la teoría sincretista o ecléctica intenta conciliar el sentido y fines de la pena de modo que al lado de su carácter retributivo se incrustan en ella las nociones conceptuales de la prevención general y la especial, en un criterio que parece responder a una visión más pragmática y ecuménica de la razón de ser de la punibilidad y que de alguna manera se ha venido entronizando en el orden jurídico colombiano, como un punto de partida de la moderna concepción del derecho penal como instrumento eficaz de control social.

En todo caso, las divergencias conceptuales sobre el tema permanecen vigentes y, de ahí que sin pretender agotarlo, estas notas apenas aspiran a dinamizarlo, enriquecerlo de concitar inquietudes y explorar las posturas que sobre la materia ha venido recogiendo nuestra legislación vernácula; si ello resulta posible, considero razón suficiente para sentirme gratificada.

## 1. DEFINICIÓN DE PENA

En nuestro sistema legal no existe una definición legal o constitucional propiamente dicha sobre lo que debe entenderse por pena.

Cuando a ella se refiere la ley o la constitución, se hace con mención de ciertos elementos, requisitos o características que debe reunir para que se entienda que cumple los cometidos legales y/o constitucionales

Al decir del profesor Zafaroni no hace falta que se haga por parte de la ley o la constitución una amplia definición de un instituto jurídico pues basta con la referencia a sus elementos o consecuencias. De definirla debe ocuparse la doctrina. Al respecto, dijo:

*“Las famosas definiciones constitucionales o legales de las penas no son mas que síntesis de los requisitos que deben cumplir las penas para ser legales o constitucionales”<sup>1</sup>*

Haciendo un rastreo jurisprudencial sobre la definición de pena, en efecto, tal como lo sugiere el maestro Zafaroni, no aparece un concepto determinado. En sentencia del 3 de octubre de 1947 (gaceta 2057 /2058) citando a Carnelutti, enseña la Corte:

*“... que el derecho penal, como política o como ciencia, está sobre todo dominado por la dificultad de este problema: el eterno contraste entre la individualización y la desindividualización de la pena. Y a la aplicación adecuada de ésta convergen todas las escuelas desde sus diversos puntos de vista, pero todos mirando a que sea justa o proporcional, concepto este último, demasiado relativo, porque bien puede referirse a la gravedad del delito (escuela clásica), o al deber violado (teoría*

---

<sup>1</sup> ZAFARONI, Eugenio Raúl. Las penas crueles con penas.



*de Rossi), o a la spinta criminosa (teoría de Romagnossi), o a la temibilidad del delincuente (teoría de Garófalo).”*

Siguiendo esta línea en efecto la Corte hasta la actualidad no se ocupa de definir el instituto, sino de interpretar sus elementos y entregarle alcance a sus efectos.

Con todo esto ensayemos una definición:

Es una decisión o medida del Estado legítimo, adoptada por el juez dentro de un proceso penal, que limita o suspende algunos derechos fundamentales, por ejemplo la libertad personal, buscando con ello el cumplimiento de fines legal y constitucionalmente establecidos, como lo son la necesidad de la medida como *última ratio*, la protección tanto de la sociedad como del condenado y la razonabilidad en su escogencia y duración.

El marco legal próximo para acudir a la pena son los artículos 3° y 4° de la Ley 599 de 2000, los cuales ratifican que el legislador constitucional se ocupa tan sólo de la estipulación de principios que la deben ilustrar como la dignidad humana o su imprescriptibilidad.

Al respecto la Corte precisó que dichos artículos son normas rectoras que señalan que el funcionario judicial al imponer una pena o medida de seguridad debe tener en cuenta principios tales como la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad (artículo 3°) y que tienen *–las penas y las medidas de seguridad–* una función que cumplir, de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (artículo 4°). Sobre la prevención especial y la reinserción social, señala el legislador que operan al momento de la ejecución la pena en prisión.

## 2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PENA

### 2.1 DIGNIDAD HUMANA

Es un principio y valor supremo en el que se funda el Estado de derecho tal como lo pregonan la Carta Política, que consiste en el conjunto de derechos fundamentales tocantes a la existencia del ser humano y el lugar que ocupa en la sociedad.

Dijo la Corte Constitucional:

*“[s]e 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.”*

*“La dignidad es, también, por inclusión, respeto a la intimidad, al honor, a la honra, al decoro, de la persona humana en cuanto tal.*

La doctrina por su parte viene entregando el concepto de dignidad de la siguiente manera:

*“La dignidad, pues, está en la estructura de la personalidad, junto con la libertad y la intimidad, siendo la vida el fundamental de ellos. La honra y el honor, constitutivos de la integridad moral, según el Código colombiano, son bienes que*

*hacen parte de la dignidad. Bienes de la persona, tanto como el nombre que la designa e individualiza; como el estado que ocupa en la familia y en las grandes comunidades sociales; como la capacidad para gozar otros bienes o para reclamarlos; como el domicilio donde ejerce sus derechos y cumple sus deberes, y en fin, como el asiento de su patrimonio, entendido como el caudal grande o pequeño proveniente de su trabajo. LUIS CARLOS PÉREZ<sup>2</sup>*

A este respecto es necesario comprender que dentro de un Estado de derecho es posible limitar o transgredir objetivamente ciertos derechos constitucionales, como por ejemplo el derecho a la libertad personal, situación que no por ello los hace nugatorios, pues si la restricción proviene de un acto legítimo del Estado se convalida ese comportamiento institucional, además de aceptado por todos los coasociados. De lo contrario, la lesión es efectiva de cara al bien jurídico tutelado.

De ahí lo peligroso que resulta frente a la legitimidad del Estado la violación de principios constitucionales en el devenir judicial derivado de ilegalidad o arbitrariedad.

## 2.2 NECESIDAD

Este principio se relaciona con el tema de la utilidad de la pena pues debe reportar algún beneficio para la sociedad, entendiendo que se trata de la ultima ratio por parte del Estado, quiere decir, por cuanto no hay otra manera de proceder para lograr la protección de los intereses involucrados, representados en valores ético sociales.

---

<sup>2</sup> Textos citados en Sentencia Casación 26/10/2006 Rad. 25743

### 2.3 PROPORCIONALIDAD

Este principio enfrenta la conducta y la pena. La entidad e importancia social de la conducta y su gravedad juegan un papel importante, la intensidad con que se realiza, el conocimiento previo de la ilicitud y el daño real o potencial que se cause, deben ser tenidos en consideración.

Es un límite al poder punitivo del Estado se edifica como presupuesto de discrecionalidad reglada en cabeza de los administradores de justicia,

### 2.4 RAZONABILIDAD

Este principio hace referencia que la decisión de imponer una pena esté acorde con la prudencia, la justicia y la equidad que rigen a cada caso concreto.

Esto demuestra que la arbitrariedad debe estar alejada de cualquier consideración judicial.

### 2.5 IGUALDAD

Principio fundamental que se encuentra guiado por la necesidad de aplicar la ley sin discriminación alguna. Es decir, el tratamiento debe ser igual en cualquier situación de hecho, salvo que la ley señale algún efecto especial para dicho tratamiento.

### 2.6 LEGALIDAD

Consiste en la reserva del legislador de señalar las conductas o comportamientos que merecen la protección y por cuya vulneración es posible aplicar una sanción penal. Presupuesto de seguridad jurídica que exige la existencia previa del

señalamiento de los delitos. Es una garantía política de que ninguna persona será sometida a penas que no acepte el conglomerado social a través de la ley.

Es probablemente la máxima exigencia al Estado conocido con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sin lege*.

## 2.7 PROHIBICIÓN DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN

El *non bis in ídem* como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las penas, porque su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.

Al ocuparse de este principio, la jurisprudencia ha considerado que

*"no es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad. El principio non bis in ídem actúa así como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial."*

Ejemplo de tal tipo de trasgresión lo enseña la Corte<sup>3</sup>, por ejemplo cuando:

*"... la circunstancia agravante de que trata el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal vigente fue objeto de doble valoración: una, como aspecto*

---

<sup>3</sup> Sentencia Casación 19/01/2006 Rad. 19814

*configurante de la conducta punible de homicidio agravado, y la otra, como fundamento para la individualización de la pena que en esas condiciones se llevó al extremo máximo.*

## 2.8 MOTIVACIÓN

Nace como medio de conocer las razones por las que se adopta una pena. La Ley impone la obligación de motivar la decisión judicial, mucho mas entonces lo es la consecuencia jurídica.

Con ello se evita la arbitrariedad y la discrecionalidad absoluta, pues el juez debe justificar las razones de su proceder.

### 3. FINES DE LA PENA

El artículo 4° establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Informa igualmente que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La Corte señala que sin entrar a discutir las distintas teorías creadas alrededor de la función de la pena, es necesario precisar que:

#### 3.1 FUNCIÓN DE PREVENCIÓN GENERAL

Ha sido prolija la jurisprudencia en advertir que esta finalidad se resume en una advertencia a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible. Paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen.

Así las cosas, el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción-reacción, supuesto-consecuencia jurídica, dijo la Corte.

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 previene:

- (i) por la imposición de la sanción, con ejemplarización y motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo) y,
- (ii) por el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)".

### 3.2 FUNCIÓN DE RETRIBUCIÓN JUSTA

La Corte emplea al referirse a este fin el término “expiar” que no es otra cosa que recibir castigo, sanción o pena por un comportamiento reprobable. Al efecto, dice:

*"... 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 de una proporcional compensación por el grado de culpabilidad".*

### 3.3 FUNCIÓN DE PREVENCIÓN ESPECIAL

La Corte la asimila a la “-reinserción social o resocialización- de que se venía hablando desde el Código de 1980.

Es procurar disuadir al autor de que no cometa nuevas conductas punibles, actuando directamente sobre la persona, pero bajo una evidente finalidad de reintegrar al individuo a la sociedad.

Para cumplir los propósitos, la Corte acude a las normas penales y del régimen penitenciario<sup>4</sup>:

*"...tanto el Código Penal como el Código Penitenciario y Carcelario han establecido varios institutos tendientes a lograr la reinserción social del individuo, tales como:*

*- Beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, permisos de salida durante 15 días continuos, permisos de salida por los fines de semana, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaria abierta), y*

---

<sup>4</sup> Sentencia Casación 29/05/2003 Rad. 20309.



- Los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad como la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del C. Penal) y la libertad condicional (artículo 64, ibidem) y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal (artículo 68 de la misma obra).

Cómo, por ejemplo justifica la Corte la prevención especial<sup>5</sup>:

*“... quien incurrió en el delito de prevaricato es un Juez de la República, que dejando de lado todos los valores ético sociales que comporta esa dignidad, y la función pública de administrar justicia, concedió sin respaldo jurídico alguno una acción de tutela para favorecer los intereses económicos de un ciudadano, que no demostró la titularidad de los derechos que le fueron otorgados por dicho funcionario judicial; quien, por tanto, pasó por encima de la Constitución Política y las leyes que regían el asunto, generando como consecuencia, no sólo el desprestigio de la judicatura, sino también un significativo daño al patrimonio colectivo.”*

En conclusión, lo que ha dicho la Corte sobre el tema de la prevención, en una de tantas decisiones<sup>6</sup> es lo siguiente:

*“En esa medida, entonces, no puede olvidarse que aún cuando la pena, en su fase de ejecución tenga principalmente un propósito resocializador, ello en manera alguna significa que no tenga también asignada la función de **prevención general**, pues una y otra finalidad apuntan a garantizar principios básicos del Estado social y democrático de derecho, tales como la vigencia del ordenamiento jurídico, la convivencia, la paz y la solidaridad, entre otros valores sociales, sin*

---

<sup>5</sup> Sentencia Segunda Instancia 01/06/2006 Rad. 21428

<sup>6</sup> Auto 11/02/2003 Rad. 17392

*que, por supuesto, se desconozca la tensión que entre ellos se genera y la resolución que a ella debe darse en razón de las particularidades del asunto.*

*“Este por supuesto, no ha sido el propósito del ordenamiento al precisar la trascendental importancia que atribuye a la prevención general, la prevención especial, la retribución justa, la reinserción social y la protección al condenado, no sólo con fundamento en el interés general sino en la gravedad de las conductas delictuales que ameritan tratamiento jurídico, judicial y penitenciario, acorde con el grado de afectación a la convivencia social, al orden social, o a la vigencia del Estado y sus instituciones democráticas.*

*“5. Es tanto ello, que atribuye al juez la facultad de concederla siempre y cuando verifique el cumplimiento no sólo del término punitivo, sino la buena conducta en el establecimiento penitenciario, que dé lugar a pronosticar "que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena", pronóstico que debe realizarse en cada evento particular a partir de la información obtenida sobre las condiciones en que el penado ha venido ejecutando la pena impuesta, debiendo armonizar básicamente sus funciones, de tal manera que la definición del asunto responda a la idea según la cual, al tiempo que se propende por la **resocialización del sentenciado**, no se impida la estabilización del ordenamiento jurídico, por la sensación de desprotección e incertidumbre que una errada decisión generaría en la comunidad.*

En otra oportunidad sostuvo la Corte

*“El fin de la ejecución de la pena apunta tanto a una readecuación del comportamiento del individuo para su vida futura en sociedad, como también a proteger a la comunidad de nuevas conductas delictivas (prevención especial y general). Es que, a mayor gravedad del delito e intensidad del dolo, sin olvidar el propósito de resocialización de la ejecución punitiva, el Estado tiene que ocuparse*

*de la prevención general para la preservación del orden social en términos de armónica o pacífica convivencia*<sup>7</sup>

Aquí empieza a jugar papel importante la gravedad de la conducta, pues surge un interrogante en torno a qué grado de injerencia posee en la pena. Al efecto sostuvo la Corte en un caso concreto referido a Código Penal de 1980:

*“Lo mismo acontece con **"la naturaleza y modalidades del hecho punible"** que estipulaba el artículo 68, con "la modalidad y gravedad de la conducta punible" que estatuye el artículo 63, toda vez que para su examen las dos se han sustentado en el principio de la necesidad de la pena, teniendo en cuenta la calidad y la afectación del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y la intensidad de la culpabilidad desplegada en la conducta delictual, aspectos que también atañen a la prevención general y a la prevención especial propias de la función de la punibilidad*<sup>8</sup>.

En otra oportunidad dijo la Sala:

*“Ante la gravedad superlativa del comportamiento de la procesada, entonces, las hipótesis de suspenderle la ejecución de la pena o de que la purgue en su domicilio causarían asombro y desazón entre los asociados, al ver "premiada" a quien habiendo sido designada para defender la legalidad, lo que hizo fue vulnerarla de manera abierta, persistente y sin escrúpulos. Concederle uno de tales subrogados, en conclusión, traduciría un serio compromiso de la finalidad de la prevención general positiva de la pena (afianzamiento del orden jurídico), por la pérdida de confianza de la comunidad en la ley*<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sentencia Casación 07/11/2002 Rad. 14380

<sup>8</sup> Sentencia Casación 29/05/2003 Rad. 20309

<sup>9</sup> Sentencia Segunda Instancia 09/07/2002 Rad. 14660

También, en un caso concreto, sostuvo la Sala sobre la gravedad de la conducta:

*“... la sociedad debe tener claro que los comportamientos que afectan el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales serán sancionados en forma severa como mecanismo para lograr un orden justo y la convivencia ciudadana; y en relación con la prevención especial, porque el servidor público que en el ejercicio arbitrario de las atribuciones públicas concedidas menoscabe los bienes jurídicos que debe defender y cause daño a los intereses de los particulares debe ser disuadido de la comisión de nuevas conductas punibles y no debe quedarle sensación alguna de impunidad o de un trato desproporcionado por el reconocimiento de sustitutos penales en casos de intensa gravedad cometidos por quien ha sido favorecido con la confianza del voto popular.*

*“En el propósito de materializar las señaladas funciones y dada la perpetración por el acusado de un concurso doble de delitos, se puede inferir que no tiene límites cuando se trata de transgredir el ordenamiento jurídico, de disponer arbitrariamente de los bienes del Estado, y de subyugar la voluntad y causar daño patrimonial a sus conciudadanos, razón por la cual para evitar que ponga en peligro nuevamente a la comunidad se dispondrá la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en el recinto carcelario<sup>10</sup>.*

---

<sup>10</sup> Sentencia única Instancia 12/09/2007 Rad.18578

#### 4. DETERMINACIÓN DE LA PENA CONFORME LA JURISPRUDENCIA

En anteriores normatividades el sistema de dosificación entregaba una amplia discrecionalidad al juez para que partiera del punto que considerara pertinente, lo que hacía que se fuera en la mayoría de los casos por el mínimo, pero el código del 2000 cambió por completo esa concepción al adoptar uno más racional, con mayor limitación de la discrecionalidad del juez.

En la doctrina se conocen varios sistemas para determinar la pena.

- Sistema legal de determinación de la pena. En este se le asigna al legislador la forma genérica que debe hacerlo, de manera general describiendo el correspondiente tipo penal básico, a lo que se suman los dispositivos amplificadores o modificadores de estos. Igualmente señalando el grado de participación o de culpabilidad;
- Sistema judicial de determinación de la pena. Aquí es el funcionario judicial respectivo quien entra a determinarla, según lo demostrado en el trámite especificando lo genéricamente consagrado en la ley. Cuenta el servidor judicial con una relativa discrecionalidad sobre la individualización de la pena. Es el funcionario, entonces, quien determina concreta y definitivamente la pena;
- Sistema administrativo de determinación de pena. En esta lo que se hace es un ejercicio meramente operacional, que incluye descuentos por trabajo o estudio que se hayan realizado en los establecimientos penitenciarios. Aunque limitado por el principio de judicialidad de la ejecución penal, puesto mayormente de relieve con la creación de los Jueces de ejecución de penas<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Auto del 24/08/1994 Rad. 8485

Con la expedición de la Ley 599 de 2000, se implementó un sistema especial de determinación de la pena que conlleva la necesidad de que el funcionario judicial, si bien investido por una mayor reglamentación, debe soportar su tasación punitiva en aspectos previamente determinados por el legislador que hace que su decisión a pesar de ser menos discrecional, sea ante todo motivada y justificada en aspectos concretos y demostrados en la actuación. Así lo expuso la Corte en decisión que se acaba de citar:

*“... el sistema de la ley 599 de 2000, se orienta a conseguir que la aplicación de las penas sea más homogénea, limitando para el efecto el margen de apreciación del juez, al imponerle unos parámetros predefinidos por el legislador.*

*“El código de 2000 modula en forma mucho mas precisa la discrecionalidad del juez al dosificar la pena, y la limita al establecer objetivamente unos márgenes mucho más precisos que apretan el margen de movilidad que era mucho más amplio en el régimen del código derogado.*

*“Bien puede decirse con palabras de la Sala, que la norma corresponde y se articula con "la libertad de configuración de que dispone el legislador para señalarle a las diversas especies de delitos diferentes consecuencias punitivas de acuerdo, entre otras razones, con la naturaleza del bien jurídicamente protegido", y con la "facultad que le confiere al juzgador para que en cada caso valore las circunstancias concretas que rodean el hecho específico, atendiendo por ejemplo la intensidad del injusto, que bien puede medirse por los efectos nocivos de la conducta que se reprime.*

*“Conducta, lesividad y proporcionalidad, se constituyen así en el primer presupuesto de la determinación judicial de la pena”.*

En el trabajo de individualización de la pena, se deben seguir los siguientes pasos acorde con el legislador en el artículo 60 C.P.:

**- Fijación de los límites mínimo y máximo** dentro de los cuales el juez se ha de mover, extremos a los cuales se puede acceder de manera directa (consultando el tipo penal violado), o como fruto de la aplicación de las circunstancias modificadoras de tales límites cuando éstas han hecho presencia.

Al respecto y con miras a determinar a cuáles circunstancias se hace referencia, dígame que son aquellas que por regla general se estructuran al momento de la comisión de la conducta, siendo -por ende- inescindibles de ésta como que permiten su individualización y la caracterizan, las cuales son predicables -entre otras razones- bien del comportamiento como tal, bien de la persona del sujeto agente o del sujeto pasivo, o bien de las propias condiciones de tiempo, modo o lugar en que se ejecutó el hecho, pudiéndose citar, entre otros:

- i. La tentativa (art. 27 C.P.)
- ii. La complicidad (art 30)
- iii. El exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (art. 32, num7, inc 2)
- iv. La situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56)
- v. El estado de ira o de intenso dolor (art. 57)
- vi. La agravación en el acceso carnal violento en menor de 14 años (art. 216-1)
- vii. La cuantía en los delitos contra el patrimonio económico (art 267-1), etc.

Paso a seguir es el de **precisar el ámbito punitivo de movilidad**, el que corresponde a la diferencia matemática existente entre el máximo y el mínimo ya fijados.

Ese ámbito se divide en cuatro cuartos, de modo tal que puedan identificarse un cuarto mínimo, dos medios y uno máximo.

Sigue la cabal aplicación del artículo 61 del estatuto penal, que se asienta en **seleccionar en cuál de aquellos cuartos se va a ubicar** definitivamente el fallador, con lo cual -a su vez- se reduce significativamente la amplia discrecionalidad de que gozaba en vigencia de los códigos anteriores.

La concreción o la selección del cuarto mínimo obedecerá a la presencia exclusiva de circunstancias de atenuación o a la inexistencia conjunta de agravantes y atenuantes.

La ubicación en los cuartos medios se originará en la concurrencia simultánea de circunstancias de agravación y de atenuación

El cuarto extremo se ubicará el juez por razón de la existencia exclusiva de agravantes.

Ahora, se cuenta con reglas para moverse dentro del cuarto escogido:

- En este momento sólo ha de tenerse en cuenta la existencia o presencia de agravantes y/o de atenuantes, resultando indiferente su número a la hora de la selección del respectivo cuarto, así como expresamente ha de señalarse que en este específico paso del proceso punitivo no procede el análisis al interior de las circunstancias, vale decir, que sólo se requiere la comprobación de su existencia o presencia.

- De igual modo, respecto a que las circunstancias que en este punto se manejan son las genéricas de mayor y de menor punibilidad reguladas por los artículos 58 y 55 del C.P., siempre que las mismas "no hayan sido previstas de otra manera", esto es, que no se hayan consagrado normativamente -y con la misma naturaleza-



como específicas o confortantes de la estructura del tipo, pues de así suceder, ellas ya han debido tener aplicación al fijarse inicialmente los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de aplicar una doble incriminación.

• A título de ejemplos de aquella doble consagración normativa se pueden señalar:

- Obrar en coparticipación criminal (art. 58-10) y la causal 10ª del artículo 241 agravante del hurto por haberse cometido por dos o más personas;
- Indigencia en cuanto haya influido en la ejecución de la conducta (art. 55-8) y la descrita en el artículo 56;
- Ejecutar la conducta por motivo abyecto, fútil o promesa remuneratoria (art. 58-2) y la reseñada en el artículo 104-4 como calificante del homicidio;
- Ejecutar el delito con aprovechamiento de condiciones de superioridad sobre la víctima (art. 58-5) y el comportamiento descrito en el artículo 104-7;
- Aumentar el sufrimiento de la víctima causándole padecimientos innecesarios (art. 58-8) y la causal señalada en el artículo 104-6, etc.

Luego se **individualiza la pena**, efectuando la ponderación de los aspectos señalados en el inciso segundo del mencionado artículo 61, tales como:

- la intensidad del dolo,
- la preterintención o la culpa concurrentes en el accionar del agente,
- la gravedad de la conducta (mayor o menor),
- el daño creado (potencial o real),

- la naturaleza de las circunstancias de agravación o atenuación,
- necesidad y funciones que cumplir,

Debe advertirse alrededor de estas últimas que es aquí donde debe el juez valorar su número, alcance, gravedad, trascendencia y proyección de efectos hacia la comisión de la conducta.

Concretada o individualizada la sanción, será respecto de ese quantum que se aplicarán los fenómenos post delictuales, es decir, aquellas circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta, entre las cuales caben citarse:

- las rebajas por sentencia anticipada (art. 40 CPP),
- por confesión (art. 283 idem),
- por reparación en los delitos contra el patrimonio económico (art. 269 CP),
- por reintegro en el peculado (art 401 CP),
- por retractación en el falso testimonio (art. 443 idem),
- por la presentación voluntaria en la fuga de presos (art. 451 ib.), etc.,

Cómputo con el cual habrá finalizado el procedimiento de dosificación o de individualización de la sanción a purgar por el condenado.

## **CONCLUSIONES**

La pena como otras instituciones del derecho penal está cobijada por principios y garantías para su aplicación y cumplimiento.

Hace parte de un deber ser judicial, so pena de que su incumplimiento deslegitime la sanción como consecuencia a un comportamiento socialmente desviado.

Existen fines que cumplir con la imposición de pena, los cuales el juez debe velar por que se cumplan.

El funcionario judicial, para determinar la pena, debe soportarse en criterios que si bien no lo arrojan a una absoluta discrecionalidad, si cuenta con un margen de autonomía para que soportado en una serie de elementos esbozados por el Legislador como razones de política criminal, dosifique la pena con la mayor proporcionalidad y razonabilidad en su decisión.

## BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN GRANOBLES, Héctor Javier, CADENA LOZANO, Raúl. Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá 2ª ed. 2007.

CUELLO COLON, Eugenio, Derecho Penal conforme al código Penal, texto refundido de 1944

LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Editorial Trotta, Madrid, Edición Española. Capítulo Relacionado con las garantías constitucionales. 1995.

MADRIÑÁN R. RAMON EDUARDO E. El Penología Parte General y Especial. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Reedición 1996. Estado Social de Derecho, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez 1997.

MUÑOZ CONDE, Jesús Antonio. El Concepto de Pena. Ediciones Forum Pacis. Bogotá 1992.

NEIRA PALACIOS, Adalgiza, Principio de Legalidad y Arbitrio Judicial en la Determinación de la Pena en el Código Penal colombiano de 2000

PÉREZ PINZON, Álvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal, Bogotá, Ediciones Forum Pacis.1998.

RECASENS SICHES, Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Edición Porrúa, México, 1973

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Principios Rectores de la Nueva Ley Procesal Penal, Bogotá, Editorial Temis. 2002.