

**UNIVERSIDAD EAFIT
TRABAJO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAESTRIA EN DERECHO
PENAL -PROFUNDIZACIÓN-.**

**LA INCIDENCIA DE LOS FENÓMENOS POSTDELICTUALES EN LA
DETERMINACIÓN DE LA PENA MÁS GRAVE EN LA HIPÓTESIS DE
CONCURSO DE DELITOS.**

**Presentado por:
César A. Ramírez Poveda**

**Dirigido por:
Dra. Diana Patricia Arias Holguín**

2019

INDICE

1. Introducción.
2. La determinación legal y judicial de la pena.
3. Teorías de la individualización judicial de la pena.
 - 3.1. Teoría de la pena exacta o puntual.
 - 3.2. Teoría del ámbito de juego.
 - 3.3. Teoría del valor jerárquico del empleo.
 - 3.4. Teoría de la proporcionalidad con el hecho.
4. Caracterización del sistema de individualización judicial de la pena en Colombia.
5. Regulación del concurso de conductas punibles.
 - 5.1. Clases de concurso que se regulan.
 - 5.2. Sistemas de Punición.
 - 5.3. Que se debe entender por pena más grave.
6. Incidencia de los fenómenos postdelictuales en la determinación de la pena en materia de concurso de conductas punibles.
7. Conclusiones.

1. Introducción.

La determinación judicial de la pena, es un tema que en nuestro medio se ha desarrollado principalmente por la jurisprudencia, ya que muy pocos autores se han ocupado de su estudio dogmático. Por ello es que en su tratamiento se tiende a acudir como fuente principal a la jurisprudencia nacional, la que se fundamenta en reglas lógicas de interpretación, en la tradición o simplemente en argumentaciones tendientes a la obtención de una pena ejemplarizante, sin proponerse ahondar en las teorías que podrían caracterizarla, lo que la priva de obtener soluciones, desde una perspectiva dogmática, que permitan la racionalización en la interpretación de las normas que gobiernan la determinación e imposición de la pena concreta.

El presente trabajo tiene su origen en la inconformidad que al autor le han generado posturas jurisprudenciales antagónicas en el proceso de la determinación judicial de la pena, más exactamente en lo relativo a la incidencia que pueden tener los fenómenos postdelictuales en la selección de la pena más grave en materia de concurso de conductas punibles, que en uno y otro caso, se encuentran vacías de justificación teórica. Por tanto, se pretende hacer una propuesta de interpretación de los criterios que establece el artículo 31 del Código Penal colombiano (en adelante C.P.) para la determinación de la pena en materia de concurso de delitos, esto, conforme al artículo 61 del C.P. que prescribe los fundamentos para la individualización de la pena.

Tal tarea supondrá, caracterizar desde un enfoque teórico, el sistema colombiano de determinación judicial de la pena, armonizándolo con los fines que la orientan, para luego, desde estos mismos fines, proponer una interpretación de las normas que regulan los fenómenos postdelictuales, y arribar a la conclusión, que estos últimos no pueden afectar la pena base u operativa.

2. La determinación legal y judicial de la pena.

A menudo se tiende a confundir los dos conceptos, determinación legal e individualización judicial de la pena, sin embargo, ambos tienen claras diferencias, no solo por el momento en el que operan, sino por el órgano, funcionario o rama del poder público en el que radica su competencia, lo que guarda relación con la dinámica del ejercicio del control penal, la determinación abstracta y concreta de la pena, y claro está con el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad de las penas es una conquista del derecho penal desde la época de la Ilustración, como puede verse ya en BECCARIA¹, quien llamó la atención sobre el desconocimiento de proporción entre delitos y penas y la consecuencia que acarrea de cara a la prevención general positiva, por el mensaje motivacional errado que emana de una desafortunada política criminal del Estado.

En sus inicios presentó un contenido reducido, en tanto sólo se orientaba a la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, colmándose su cometido en que la consecuencia jurídica no superara la gravedad del delito²; para luego evolucionar logrando su concreción no sólo en la faceta de relación entre gravedad del delito y respuesta punitiva, sino también en los ámbitos de creación de los tipos penales y de la determinación de la pena aplicable al caso concreto, que es lo que hoy se denomina proporcionalidad en sentido amplio.

¹ “...quien vea establecida la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mate un faisán, para quien asesine a un hombre o para quien falsifique un escrito importante, no distinguirá entre esos delitos; destruyéndose de ese modo los sentimientos morales, obra de muchos siglos y mucha sangre, lentísimos y difíciles de producir en el ánimo del hombre...” BECCARIA, C., De los Delitos y de las Penas, estudio preliminar y notas por Nódier Agudelo, Ediciones Nuevo Foro, 2014, Pág. 189.

² LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D., Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010, Pág. 124.

En el ejercicio del control penal se pueden distinguir fundamentalmente dos etapas: por una parte, el momento de producción de normas, criminalización primaria o de definición del delito y, por otra, el momento de aplicación de las normas, el de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad o criminalización secundaria³.

El primer momento, el de producción de normas penales, está en cabeza del legislador⁴, único en un Estado Democrático de Derecho, en quien recae la potestad de prescribir de manera clara y precisa los presupuestos fácticos que dan lugar a establecer la norma de prohibición con clara orientación de protección a bienes jurídicos, y de incorporar a manera de consecuencia jurídica una sanción, con la finalidad de prevención general disuasiva para el colectivo a quien se dirige la norma. Lo anterior, bajo el entendido de que no se está hablando solo de legalidad como sujeción al derecho, sino que se está abarcando en la creación de las normas penales tanto su faceta formal como sustancial, o en los términos de Ferrajoli: vigencia y validez⁵.

La determinación abstracta de la pena, se encuentra en estrecha relación con el proceso de criminalización primaria, y se le denomina determinación legal de la pena, entendido como el proceso de concreción de las consecuencias jurídicas, momento en el que el legislador determina en abstracto las sanciones correspondientes a las conductas prohibidas, fijando topes máximos y mínimos para cada delito⁶.

³ BUSTOS RAMÍREZ, J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Nuevo Sistema de Derecho Penal. Editorial Trotta 2004, Pág. 21

⁴ Artículo 150 y 152 de la Constitución Política.

⁵ "... la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas en las normas formales sobre su formación; validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con el carácter sustancial sobre su producción". FERRAJOLI, L., Derechos y Garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta, tercera edición 2002. Pág. 21 y 22.

⁶ DEMETRIO CRESPO, E., Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5312212>, localización: Derecho Penal y Criminología, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 21, N°. 67, 1999, págs. 31-50.

En el escenario de creación de las leyes en materia penal, el legislador, en un Estado Democrático de Derecho, no goza de discrecionalidad absoluta⁷ para definir los tipos penales, sus consecuencias y el procedimiento aplicable, en tanto es su deber respetar los derechos constitucionales de los coasociados, que se erigen en límites al poder punitivo del Estado⁸, de manera que si bien la creación de los tipos penales es de competencia exclusiva del legislador, éste debe acatar los postulados constitucionales, a fin de cumplir con la obligación de respetar, entre otros, los principios de bien jurídico⁹ y tipicidad, que se deviene del de legalidad¹⁰, para así definir la conducta punible, sus consecuencias y la forma de ejecución, de manera clara, precisa e inequívoca¹¹.

El segundo momento, el de la aplicación de las normas y ejecución de las penas o medidas de seguridad, recae en el poder judicial encarnado en quienes han sido investidos del poder jurisdiccional.

⁷ “En una interesante serie de sentencias, la Corte Constitucional ha establecido claramente que tanto la tipificación penal de una conducta como la fijación de la pena son asuntos que se enmarcan en la competencia del legislador. Es bien cierto que la Corte nunca ha sostenido que de esta afirmación se derive que la legislación penal esté exenta de control constitucional. Por el contrario, en varios de sus pronunciamientos ha reconocido que el derecho penal sólo puede entenderse en el marco de la Constitución y que, por lo tanto, “la facultad del legislador para restringir derechos, en desarrollo del *ius puniendi*, no es ilimitada”; o, en otros términos, que “el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado”. BERNAL PULIDO, C., *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2008, Pág. 117.

⁸ Corte Constitucional, entre otras Sentencias C-038 de 1.995, C-279 de 2013

⁹ Véase: FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta 8ª Edición 2006, Pág. 471; ROXIN, C., *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, *Revistas Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 15-01 (2013); HIRSCH, A., *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*, en *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons 2016, Pág. 33; PRIETO SANCHÍS, L., *Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico*, en *Nuevo Foro Penal* 65 Pág. 46, 2003, Universidad EAFIT.

¹⁰ “Legalidad penal en sentido estricto, o bien estricta legalidad penal, designa esencialmente tres garantías: no solo a) la reserva absoluta de ley, en otras palabras, la prohibición de que tipos normativos de delito sean introducidos o modificados no por leyes formales, actos administrativos o judiciales, sino también una técnica de formulación legislativa de los presupuestos de la sanción penal que garantice la máxima correspondencia empírica entre tipo normativo y hecho real, y precisamente, b) la taxatividad o tipicidad de los delitos, es decir, su predeterminación por parte de la ley con fórmulas rigurosamente claras, unívocas y precisas, que permitan una delimitación lo más posiblemente rígida y cierta de la esfera de la relevancia penal, y c) la inderogabilidad del hecho punible, en virtud de la cual la tipificación normativa debe hacerse con referencia a hechos (cometidos u omitidos) y no a meras cualidades o condiciones personales o del status en que se encuentre (raciales, políticas, sociales o también jurídicas) según el principio esencial de que el hombre delinque por lo que hace”. FERRAJOLI, L., *El Paradigma Garantista, Filosofía crítica del derecho penal*, Editorial Trotta 2018, Pág. 86; “En cuanto a la estricta legalidad, habrá que decir que es una garantía dirigida al legislador, dado que le demanda el empleo de técnicas legislativas que aseguren la creación de normas penales (tipos y penas) taxativas, en las que puedan ser verificables las garantías de lesividad, proporcionalidad, presunción de inocencia, defensa, etc.”, ARIAS HOLGUÍN, D., *Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*, *Revista de Derecho* No. 38, 2012.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-939 de 2002.

La función jurisdiccional en Colombia se ejerce por los Jueces y excepcionalmente por el Congreso¹², encargados de administrar justicia, desempeño de la función pública que se ejecuta bajo los principios de independencia¹³ y autonomía¹⁴, así como el sometimiento al imperio de la Constitución y las Leyes¹⁵ vigentes¹⁶ y válidas¹⁷. Son éstos los encargados de hacer efectivos los derechos, garantías y libertades, con el fin de realizar la convivencia social, lograr y mantener la concordia nacional¹⁸.

Es entonces el juez penal, el encargado del proceso de individualización judicial de la pena, principio de jurisdiccionalidad¹⁹, contexto que es el que propiamente concierne al objeto del trabajo, que consiste en la labor que lleva a cabo el Juez o Magistrado, de fijar la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco punitivo previamente establecido por el legislador. Es decir, el objeto de estudio involucra el principio de proporcionalidad de la pena en concreto.

Debe decirse, sin ahondar en el tema, por encontrarse distante del propuesto en el trabajo, que, en casos de preacuerdos, el fiscal de manera excepcional²⁰, tiene la potestad de determinar la pena a imponer, sin las exigencias motivacionales del Juez, en virtud de cláusulas residuales político criminales, sin sujeción al sistema de cuartos²¹, facultad que finalmente termina por trasladar la función jurisdiccional de fijar la pena a la Fiscalía, quien tiene la calidad de parte, problema que al exceder los objetivos del presente trabajo, no será materia de análisis, no obstante, se considera que las conclusiones del presente estudio servirán para

¹² Artículo 116 Constitución Política.

¹³ Artículo 228 Ibídem.

¹⁴ Artículo 5º Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

¹⁵ Artículo 230 Constitución Política.

¹⁶ Estricta legalidad.

¹⁷ Artículo 4. Constitución Política, La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Norma primaria de la cual se desprende el control constitucional por vía de excepción.

¹⁸ Artículo 1º Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

¹⁹ "En virtud del cual las penas son aplicadas y definitivamente determinadas por el juez en cuanto a su naturaleza y medida, en las formas y con las garantías propias del proceso penal". FERRAJOLI, L., Op. Cit., Pág. 158.

²⁰ Artículo 348, 350 y 351 de la Ley 906 de 2004.

²¹ Artículo 61 Inc. Final, adicionado por el artículo 3º de la Ley 890 de 2004.

guiar su actividad, si es que quieren hallar la pena adecuada a la culpabilidad, y no simplemente negociar una pena instrumental con la única finalidad de agilizar la terminación del proceso.

Retomando, la determinación legal o judicial de la pena no puede ser dejada a la liberalidad, sino que debe atender los principios de proporcionalidad y necesidad²², los cuales también presentan una doble dimensión: abstracta y concreta²³, de cara al bien jurídico tutelado²⁴, bajo el entendido que es en la protección de éste en la que estriba la legitimidad del *ius puniendi*²⁵.

La faceta abstracta, es aquella que debe tener en cuenta el creador de la norma penal para establecer sanciones penales razonables, y la segunda, como criterio optimizador de interpretación, que debe orientar al funcionario judicial, al momento de imponer la pena al hecho concreto; en el primer momento, el legislador al amparo de su potestad de creación de tipos penales, debe tener en cuenta para la fijación del marco penal abstracto, la gravedad de la conducta, calculada en función de la importancia del bien jurídico protegido, el grado de lesión o puesta en peligro por la conducta, así como la distinción entre conductas dolosas e imprudentes, en tanto que en el segundo momento, el juez para la individualización de la pena dentro del marco legal previsto, debe atender criterios adicionales, como el grado de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico que generó la conducta punible, la intervención real que tuvo la persona a quien se juzga en la creación de dicha lesión o riesgo, así como los factores de tipo individual y social que permiten fundamentar la menor exigibilidad de otra conducta²⁶.

²² Artículo 3 Código Penal.

²³ Véase LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D., Op. Cit. Pág. 126.

²⁴ La protección de bienes jurídicos como fin último de la pena, se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano anclado en los artículos 2 de la Constitución Política, y 11 del Código Penal.

²⁵ Fin legitimador que desconoce JAKOBS, G., para quien: "*El Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y además, respondiendo ante él*", en Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad, Thomson- Civitas, 1ra Edición 2005, Pág. 75.

²⁶ LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D., Op. Cit. Pág. 128; BUSTOS RAMÍREZ, J., y HORMAZÁBAL, H., Op. Cit., Pág. 35.

Por tanto, en un Estado Democrático de Derecho, tanto para la determinación como para la individualización de la pena debe existir una relación de proporción entre la conducta prohibida y la sanción. Esa proporción encuentra su fundamento en juicios de valoración que deben llevar tanto al legislador como al juzgador a tener en cuenta primero la gravedad del injusto, faceta en la que es determinante la naturaleza del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y la magnitud del daño causado. En un segundo momento se debe valorar la responsabilidad del sujeto, espacio en el que se tendrá en cuenta la forma e intensidad de imputación subjetiva, conciencia de la antijuridicidad real y potencial y el grado de evitabilidad personal²⁷. Como puede verse, existe un punto de encuentro entre la determinación y la individualización de la pena de cara a la proporcionalidad que es la gravedad en sus dos facetas la objetiva y la subjetiva.

Si bien, esto sería lo que puede entenderse como “*la relación de razonable proporción entre delito y pena*” y debería ser la que rija la determinación e individualización de la sanción, lo cierto es que en el momento presente, esa relación no encuentra un punto de equilibrio deseable, en tanto se ha visto permeada negativamente por dos fenómenos que van en avanzada: la irracionalidad legislativa y la sociedad de riesgo.

Pese a los postulados que este principio entraña, debe decirse que en la actualidad, lamentablemente, se vive una irracionalidad legislativa reaccionaria, que parece entender que la solución para los problemas sociales, y en especial para el cumplimiento del fin de prevención general positiva, es el incremento exagerado de las penas pasando por encima de criterios orientadores de legitimidad, generales en muchos casos²⁸, estableciendo consecuencias jurídicas en extremo elevadas, sin consideraciones a la gravedad del delito²⁹.

²⁷ FERNÁNDEZ CARRAQUILLA, J., Derecho Penal Parte General Tomo II, Editorial Ibáñez 2012, Pág. 1043.

²⁸ Ley 890 de 2.004, artículo 14.

²⁹ Al respecto SOTOMAYOR ACOSTA, J., Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa, en Nuevo Foro Penal 71, Universidad EAFIT 2007.

Así mismo, se han creado o ampliado los tipos penales que no afectan bienes personalísimos, sino colectivos, en tanto los instrumentos de los cuales se sirve el

Derecho Penal, se utilizan de forma expansiva³⁰ para este tipo de conductas, lo que pareciera indicar, que la jerarquía de bienes jurídicos de cara a la protección penal³¹, poco a poco va configurando un catalogo que cede ante los delitos de peligro abstracto³² en los que se adelanta la barrera de contención, al no requerir ningún tipo de resultado fenoménico.

Para concluir este apartado, en lo que respecta a delimitación conceptual entre la determinación legal de la pena y la individualización judicial de la pena, se dirá, siguiendo a DEMETRIO CRESPO, que en el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo, estadio al que pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En tanto que, en la etapa de individualización de la pena por parte del juez, éste asume la tarea de elegir la pena adecuada para el caso concreto dentro del marco ofrecido por el legislador³³.

Y es precisamente del marco ofrecido por el legislador para la determinación judicial de la pena, que han surgido las teorías de individualización judicial de la pena, como se pasa a examinar.

³⁰ HASSEMER, W., Rasgos y crisis del derecho Penal moderno, conferencia realizada en UAB (marzo, 1991), traducción de Elena Larrauri.

³¹ Ver SOTOMAYOR ACOSTA, J., en ¿El Derecho penal garantista en retirada?, Revista Penal No. 21 – enero 2008.

³² “El derecho penal resultante de esa política criminal renovadora podría corresponderse con las siguientes notas esenciales: 1. Incremento de la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; los componentes materiales de esos bienes jurídicos marcarían diferencias respecto a buena parte de los bienes jurídicos tradicionales, producto de su configuración al tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales. 2. Predominio de las estructuras típicas de simple actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico, en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo.”, DÍEZ RIPOLLÉS, J., de la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, Revista electrónica de ciencias penales y criminología, RECPC 07-01 2005.

³³ DEMETRIO CRESPO, E., Prevención General e Individualización Judicial de la Pena, Editorial BdeF, 2016, Pág. 21-22

3. Teorías de la individualización judicial de la pena.

El tratamiento científico del tema se debe tanto a los académicos como a la jurisprudencia alemana, quienes se han encargado de determinar los fundamentos dogmáticos del derecho de la Individualización judicial de la pena. Teorías que resultan de vital importancia para el presente trabajo, puesto que, será a la luz de estas que se llevará a cabo el análisis de los rasgos estructurales de los artículos 31 y 61 del C.P.³⁴ colombiano, con el fin de verificar la coherencia de sus postulados con una determinada teoría, que a la postre nos permita arribar a una solución interpretativa adecuada y racional, de las normas implicadas en el problema jurídico planteado, cual es, la incidencia de los fenómenos postdelictuales en la determinación de la pena más grave para las hipótesis del concurso de conductas punibles.

3.1. Teoría de la pena exacta o puntual.

Como su nombre lo indica, defiende que para cada caso concreto es posible calcular de manera exacta cuál es la consecuencia que se corresponde con la

³⁴ Artículo 31. 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 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.

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.

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

culpabilidad del sujeto. DEMETRIO CRESPO³⁵, aduce que la llamada “*teoría de la pena exacta o puntual*”, considera posible calcular exactamente en el caso concreto cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor, es decir, existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad. En tanto que ZIFFER³⁶, considera que la teoría de la pena puntual aparece, como la opuesta a la teoría del ámbito de juego, en cuanto niega la existencia de un marco de culpabilidad, y afirma, por el contrario, que la pena adecuada a la culpabilidad es sólo una, en tanto que siempre es una medida fija y determinada.

Ambos autores coinciden en la crítica de tal postura, acudiendo a Kaufmann, para explicar que desde el punto de vista del conocimiento no es posible saber cuál es la medida exacta de culpabilidad de un autor, dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico, del que no puede desprenderse una medida de pena determinada matemáticamente³⁷.

3.2. Teoría del ámbito de juego.

Esta teoría tiene como punto de partida la tesis del Tribunal Supremo alemán³⁸, según la cual:

La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego, que está delimitado por arriba por la pena ya adecuada a la culpabilidad y por abajo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad. El juez puede sin embargo decidir según su criterio, en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego.

Siguiendo la posición del Tribunal Supremo alemán, ZIFFER³⁹, acota que la teoría del ámbito de juego parte de la premisa de que no es posible determinar la

³⁵ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit, Pág. 234.

³⁶ ZIFFER, P., Lineamientos de la Determinación de la Pena, Editorial Ad-Hoc 2013, Pág. 51.

³⁷ ZIFFER, P., Op. Cit. Pág. 51, y DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 234.

³⁸ BGHSt BD.7, 1954, citada por DEMETRIO CRESPO, E., en Prevención General e Individualización Judicial de la Pena, Op. Cit., Pág. 235.

gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal y que una pena adecuada a la culpabilidad aún admite un “marco de culpabilidad” cuyos límites están constituidos por un mínimo “ya” adecuado y por un máximo “todavía” adecuado a ella; dentro de este marco o “ámbito de juego” la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivos, en particular, fines de prevención especial.

La teoría diseñada por la jurisprudencia germánica, se ha considerado como la dominante⁴⁰, al lograr imponer parámetros de racionalización de la pena de cara a obtener la adecuada para la culpabilidad, pero a la vez reconociendo un margen de inseguridad reinante en materia de la determinación judicial de la pena, debido a que como los jueces son humanos, no pueden acceder al grado de conocimiento metafísico necesario para saber cuál es la pena que se corresponde con la culpabilidad del autor, pero se establecen parámetros mínimos y máximos, marcos dentro de los cuáles se le facilita al juez acertar con la pena correcta, aunque sería mejor denominarla como la pena plausible, al tener que reconocerse la imprecisión en la que se podría incurrir.

Por su parte, DEMETRIO CRESPO⁴¹, explica una subclase, que denomina la teoría del espacio de juego como teoría mixta de la pena, que vincula ésta con la teoría del valor jerárquico del empleo⁴², con la que se pretende un equilibrio entre la función preventiva de la pena y sus limitaciones a través de los principios de proporcionalidad a la gravedad del injusto y a la culpabilidad del autor.

Desde tal entendimiento se puede explicar la idea de partir de la retribución, entendida no como compensación por el mal ocasionado sino como límite legitimador interno⁴³, esto es, como punto de inicio al momento de individualizar la

³⁹ ZIFFER, P., Op. Cit. Pág. 49.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 236.

⁴² Como se verá *infra* Pág. 16.

⁴³ “Por expresarnos en los términos en los que he descompuesto y reformulado el problema de la legitimación del derecho penal, diremos que la pregunta ¿Por qué castigar?, que se refiere a la legitimación externa de la pena, se ha confundido con la pregunta ¿Cuándo castigar?, que se refiere por el contrario a la legitimación interna y admite como respuesta precisamente el principio de retribución, es decir, la primera garantía del derecho penal es antes que nada la comisión de un delito”, FERRAJOLI, L., Derecho y Razón, Editorial Trotta,

pena cuando ya se ha constatado la existencia del delito en cabeza de un ciudadano, pero además, ha de considerarse que, para la fijación del quantum de la pena existe un espacio de juego en el que los fines preventivos pueden ejercer influencia, y en el evento en que se presenten casos donde falten circunstancias que puedan sugerir una posible dirección preventivo general o especial, se determinará conforme al principio de intervención mínima en la frontera inferior de la adecuación a la culpabilidad⁴⁴.

DEMETRIO citando a Dreher⁴⁵ expone a favor de la teoría del espacio en juego, frente a la teoría puntual o exacta, los siguientes postulados:

i. La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser rebasada.

ii. No existe, sin embargo, una pena adecuada a la culpabilidad fijamente determinada, y no por la imposibilidad subjetiva de conocerla, sino porque objetivamente no existe.

iii. En su lugar hay varias penas adecuadas a la culpabilidad en cada caso, que se hallan en un marco cuyo límite superior viene determinado por la pena todavía adecuada a la culpabilidad, y el inferior por la que todavía lo es.

vi. Los fines de la pena, tanto la prevención especial positiva y negativa como la general negativa y positiva, juegan su papel sólo en cuanto a la elección de la pena en el seno de dicho marco, e influencia su medida hacia arriba o hacia abajo siempre con los límites de la frontera superior e inferior ya referidos.

La teoría del espacio de juego en oposición a la de la pena exacta o puntual, es aceptada por la jurisprudencia constitucional⁴⁶ y la doctrina nacional, en especial LOPERA MESA y ARIAS HOLGUÍN, cuando refiriéndose al principio de proporcionalidad, siguiendo a Díez Ripollés, consideran que es preciso que el

8ª edición 2006, Pág. 256; “En esta perspectiva, a ella se aúnan dos garantías: la primera supone la existencia de un delito como presupuesto de la pena, dejando al margen cualquier consideración relativa a la personalidad malvada, desviada o proclive al delito; la segunda implica asumir la retribución como exigencia de proporcionalidad de la pena”, ARIAS HOLGUÍN, D., Op. Cit. Pág. 149.

⁴⁴ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 237

⁴⁵ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 241.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 2017: “En relación con esta última exigencia, resulta indispensable la previsión, en sede legislativa, de reglas y dispositivos que permitan hacer efectiva la proporcionalidad en concreto, esto es, en el momento de aplicación de la ley penal. Tales son, por ejemplo, el establecimiento de marcos penales (máximos y mínimos) en lugar de penas fijas; la previsión de reglas que permitan graduar la pena según el grado de ejecución de la conducta, las formas y el nivel de participación en el delito, las circunstancias agravantes y atenuantes de la culpabilidad, entre otras”.

legislador configure las penas de modo tal que permita al juez modular la sanción a imponer, exigencia que se cumple, no sólo, mediante la previsión legislativa de marcos penales en lugar de penas fijas, sino también estableciendo reglas que permitan graduar la pena según el grado de ejecución, las formas de participación en el delito y las circunstancias agravantes o atenuantes de la culpabilidad⁴⁷.

En punto a los fines preventivos que orientan la determinación judicial de la pena, bajo los parámetros de la teoría del espacio de juego, DEMETRIO CRESPO, acude a Roxin, de quien afirma, entiende que la teoría del espacio de juego, es tanto por razones prácticas como teóricas, correcta; el marco determinado por la misma debe cumplimentarse únicamente de acuerdo con criterios de prevención especial, porque la prevención general, ya no juega en este ámbito papel alguno, ya que sus exigencias se encuentran cumplidas plenamente con la pena correspondiente a la culpabilidad (que no sólo es un instrumento de la prevención general en sí, pues el grado de la culpabilidad mismo está ya influenciado en la prevención general, en la medida en que depende del grado de gravedad de la lesión al bien jurídico, que a su vez depende del valor del bien jurídico para la sociedad)⁴⁸.

Entre las diferentes teorías de la determinación judicial de la pena, ha surgido un problema de no poca monta, y es el cumplimiento de los fines de la pena y la incidencia que tales fines pueden tener para la pena concreta a imponer de acuerdo a la culpabilidad del autor, lo que ha dado lugar a posiciones doctrinarias para solucionar las antinomias entre los fines de la pena, su determinación y la culpabilidad.

ROXIN⁴⁹, asevera que los criterios de prevención general no tienen ninguna influencia en el ámbito de determinación judicial de la pena, en tanto que, desde el

⁴⁷ LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D., Op. Cit. 128.

⁴⁸ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 244.

⁴⁹ "Como resultado de nuestras reflexiones se puede decir que, tanto en el Derecho alemán como en el suizo, la pena adecuada a la culpabilidad debe ser entendida en el sentido de la teoría del margen de libertad⁴⁹ y que la pena definitiva a imponer, dentro del marco de culpabilidad, debe satisfacer solamente las exigencias

punto de vista negativo como positivo, su función ya quedó consumada con el marco punitivo de culpabilidad, que no es otro, que aquel que el legislador estableció en el momento de la configuración legislativa, o a lo que anteriormente nos referimos como determinación legal de la pena. Porque si el legislador se guio por criterios político-criminales adecuados, debió tener en cuenta el principio de proporcionalidad en la respuesta punitiva, sopesando la gravedad de la lesión o afectación al bien jurídico protegido con el valor que se le signa en nuestra sociedad. Por tanto, puede concluirse que el marco punitivo, es el marco apropiado para la culpabilidad, en el que se establece un máximo y un mínimo ya adecuados, dentro de los cuales el margen de discrecionalidad se orienta por criterios preventivo-especiales.

Para concluir este subtema, tal como se abordará más adelante, debe decirse que, tanto en la teoría del espacio de juego como en la teoría de la pena puntual, se busca dar solución al problema de cuál es la pena adecuada a la culpabilidad, con la pretensión de amalgamar los fines de la pena, la cual no puede verse afectada por la aparición de acciones positivas posteriores a la comisión del injusto.

3.3. Teoría del valor jerárquico del empleo.

Es la teoría más reciente, con proyección a la simplificación del problema de las antinomias de los fines de la pena en el proceso de determinación judicial de la pena. Se fundamenta en determinar cuál es el peso de cada uno de los fines según el momento del proceso de punición, para lo cual tiene en cuenta en un primer momento criterios de índole retributivos, esto es, graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho, sin echar mano de ningún tipo de consideración preventiva, por lo que la culpabilidad queda determinada en un

preventivo-especiales, ya que la pena adecuada a la culpabilidad, incluso la impuesta en su grado mínimo, cubre las necesidades de la prevención general entendida como prevención integradora socialmente, y tampoco le ley prevé una prevención intimidatoria general que permita ir más lejos. Igualmente, también por razones político-criminales debe rechazarse una agravación de la pena motivada por razones preventivas intimidatorias". ROXIN, C., Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, traducción por Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus s.a. 1981, Pág. 103

punto fijo dentro del marco legal. La prevención es tenida en cuenta, en una segunda etapa al momento de determinar la clase de pena y el modo de ejecución, por lo que se estaría frente a fines exclusivamente preventivo – especiales. De manera que, la retribución por la culpabilidad y la prevención, aparecen en grados sucesivos e independientes, en el proceso de la determinación judicial de la pena.

Se plantea que esta teoría presenta una solución a la antinomia de los fines de la pena, desconcertante por su facilidad, al pretender tener en cuenta tanto el punto de vista de la retribución de la culpabilidad como el de la prevención, pero atribuyendo a cada uno un valor de empleo diferente, pues la determinación de la magnitud de la pena debe llevarse a cabo con abstracción de todo criterio preventivo, únicamente conforme al grado de culpabilidad, mientras que la determinación de la pena en sentido amplio, esto es, respecto de la pena privativa de la libertad o la multa, la suspensión condicional de la pena y la libertad condicional, deben ser fijadas exclusivamente bajo consideraciones preventivas⁵⁰.

3.4. Teoría de la proporcionalidad de la pena con el hecho.

Tal cual lo indica el nombre de la teoría, lo que se pretende es que la medición de la pena debe hacerse a partir de criterios como la gravedad del hecho, la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor⁵¹, olvidándose de criterios preventivos, en busca de materializar objetivos de igualdad y de justicia⁵².

Se debe hacer la aclaración, que el tema de proporcionalidad que orienta esta corriente, no se compagina, con el principio de proporcionalidad al que se ha hecho referencia en acápites anteriores, en tanto, lo que se pretende es explicar la racionalización de los criterios para la individualización judicial de la pena,

⁵⁰ ROXIN, C., Op. Cit. Pág. 118.

⁵¹VELÁSQUEZ, F., Fundamentos de Derecho Penal Parte General, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Primera Edición 2017, Pág. 732.

⁵²DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 259, en donde entiende que las consideraciones de justicia, no son otra cosa que criterios retributivos.

fundamentando exclusivamente la proporcionalidad en criterios comparativos que sólo establecen fronteras, pero no la pena concreta, como a continuación los explica DEMETRIO CRESPO⁵³:

Tanto la decisión acerca del carácter meramente limitador del principio de proporcionalidad como el dejar la decisión última al campo de la intuición resultan insatisfactorios para esta teoría, y proponen resolver el problema en la distinción entre proporcionalidad absoluta y proporcionalidad relativa (equivalentes en el lenguaje matemático a proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal). La proporcionalidad relativa se refiere a la pregunta por la equivalencia entre las penas correspondiente a los diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables deberían recibir penas equiparables (salvo concurrencia de especiales circunstancias atenuantes o agravantes, que modifican la nocividad o la reprochabilidad del comportamiento), y personas que hubieran cometido delitos no equiparables deberían recibir penas graduadas conforme a su gravedad. Por el contrario, la proporcionalidad absoluta se referiría a la dimensión y al punto inicial de una determinada escala penal. Es decir, una vez que se hubiera determinado la pena de otros delitos podría determinarse proporcionalmente la del resto, pero el problema radica en hallar el punto inicial conforme al cual se fija la pena del delito de referencia. Para este último no existe una única pena merecida, motivo por el cual la proporcionalidad absoluta, al contrario que la proporcionalidad relativa, sólo fija fronteras.

A nuestro entender, esta teoría de alguna manera pretende eliminar los marcos punitivos, para entonces, trasladar al ámbito de la individualización judicial de la pena la función de la determinación legal de la misma⁵⁴, que es donde se deben señalar los mínimos y máximos que le corresponden a cada delito, para en cambio, preestablecer una escala general de mínimos y máximos imponible, correspondiéndole al funcionario judicial, la identificación de la pena para el caso concreto, bajo postulados de proporcionalidad, acudiendo a casos homologables con el objetivo que las penas sean equiparables, contribuyendo así al logro de igualdad y justicia.

⁵³ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 258.

⁵⁴ Se considera que esta sería una teoría de mucha utilidad para la etapa de la configuración legislativa de la ley penal como un límite que determinaría la racionalidad del sistema y la coherencia punitiva. Desde la faceta de proporcionalidad abstracta, se fijaría la pena correspondiente a la afectación del bien jurídico personalísimo de mayor importancia para fundamentar la existencia del sistema (vida) y a partir de allí, en escala inferior la sanción para las demás conductas en atención a la importancia del bien jurídico, sin que en ningún caso pudieran rebasar la que se estableció como base del sistema de punición.

Y en caso de no encontrar penas equiparables a asuntos no identificables, acudir a su graduación según criterios de gravedad, lo que en últimas engendraría una amplia discrecionalidad judicial, que a la postre conllevaría a la no satisfacción de la debida motivación, máxime, que el punto de partida sería absolutamente indeterminado, pero además se podría incurrir en el error, de considerar que el ser humano que regenta al Juez tiene la capacidad de conocer la pena impuesta en todos los asuntos que le sean similares o equiparables.

Podría igualmente entenderse, al amparo de la teoría de la proporcionalidad, que se cuenta con unos marcos legales de punibilidad para cada conducta, quedando el funcionario judicial ampliamente facultado, para concretar la sanción, realizando análisis de comparación a casos homologables, facultándosele para moverse entre los mínimos y máximos bajo criterios de proporcionalidad, pero desconociéndose el punto de gravedad, al no contar con criterios de ponderación taxativos.

4. Caracterización del sistema de individualización judicial de la pena en Colombia.

Diversos son los modelos de individualización de la pena acogidos en diferentes Estados y a lo largo de la historia de la humanidad, los que van desde un legalismo extremo que deja en manos del legislador la fijación de la pena tanto abstracta como concreta, al establecerse una consecuencia fija para cada delito, procedimiento acopiado en el Código Francés de 1791, el cual terminó vulnerando la igualdad en nombre de la misma, por la vía de un igualitarismo que desconocía las diferencias de valor que pueden plasmarse en los casos particulares del mismo género⁵⁵, y por la otra cara extrema, se encuentra el sistema de libre arbitrio judicial, en el que se le deja al Juez la misión de establecer la pena tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, estos modelos de penas

⁵⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Op. Cit, Pág. 1058.

indeterminadas promueven esencialmente fines preventivos especiales, y se aplican, no sólo en materia penal, sino también en el orden administrativo y disciplinario, es decir en todo el ámbito del derecho sancionador.

Ninguno de los dos extremos ha sido acogido en los sistemas modernos, y se ha optado por procedimientos mixtos o eclécticos, en los que se intenta equilibrar el principio de legalidad con el arbitrio judicial, incluyendo más o menos reglas de determinación, pero siempre dejando al operador jurídico un margen de maniobra, a fin de garantizar el principio de igualdad material, toda vez que si bien es cierto, se puede incurrir en el mismo tipo penal por un número indeterminado de coasociados, resulta igualmente innegable, que cada caso lleva implícitas sus características particulares, que lo hace diferente desde el punto de vista de la respuesta punitiva, que debe recibir dentro del marco establecido. Por ello, el operador jurídico, debe echar mano no sólo de los parámetros preestablecidos para la determinación de la pena, sino también del principio de proporcionalidad de la pena.

Las teorías de la individualización judicial de la pena, como se indicó en el aparte anterior, son creaciones dogmáticas alemanas, inspiradas en la finalidad de explicar las antinomias suscitadas al momento de la determinación judicial de la pena y su relación o contradicción con los fines de la pena, constituyendo por tanto creaciones científicas inspiradas en la búsqueda de una interpretación correcta del artículo 46 del C.P. alemán, ciencia de la determinación judicial de la pena que, como lo sostiene Roxin⁵⁶, todavía está en sus comienzos.

Como ya se expuso, en el sistema penal Colombiano, la teoría de la determinación judicial de la pena, no ha sido objeto de mayores estudios y elaboraciones, con algunas excepciones⁵⁷, contrario a lo que ha pasado por ejemplo en España⁵⁸ y

⁵⁶ ROXIN, C., Op. Cit. Pág. 93.

⁵⁷ POSADA MAYA, R, y HERNÁNDEZ BALTRÁN, H., en El Sistema de Individualización de la Pena en el Derecho Penal Colombiano, Biblioteca Jurídica DIKE, 1ª Edición 2001.

⁵⁸ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit.

Argentina⁵⁹, lugares en los que, siguiendo las teorías alemanas se ha pretendido estructurar la explicación y caracterización de cada sistema, con el objetivo de responder las preguntas de, ¿Cuál es la pena adecuada a la culpabilidad?, y ¿cuál es la relación e incidencia con los fines de la pena?, con el propósito último de racionalizar la individualización de la pena.

Una vez abordadas las diferentes teorías de la individualización judicial, y resultando insuficientes los modelos de extremo legalismo y de libre arbitrio judicial, debe acogerse en mayor medida la teoría del ámbito de juego⁶⁰, pero como teoría mixta en la que se conjuga el valor jerárquico del empleo⁶¹, de acuerdo a la caracterización que a continuación se va a realizar.

Los antecedentes de las codificaciones patrias, no han sido ajenas a los diferentes modelos mixtos para la determinación de la pena, encontrando que, en el código de 1.936⁶² al igual que el de 1.980⁶³, el legislador le otorgó al funcionario judicial un mayor margen de discrecionalidad, para imponer la pena dentro de los marcos legales.

Como se advierte, en las anteriores codificaciones, el legislador fijaba la consecuencia jurídica en un marco determinado, con mínimos y máximos, y se autorizaba al funcionario judicial para que se moviera dentro de esos dos

⁵⁹ ZIFFER, PATRICIA., Op. Cit.

⁶⁰ “La teoría del ámbito de juego parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal y que una pena adecuada a la culpabilidad aún admite un “marco de culpabilidad” cuyos límites están constituidos por un mínimo “ya” adecuado y por un máximo “todavía” adecuado a ella; dentro de este marco o “ámbito de juego” la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivos, en particular, fines de prevención especial”. ZIFFER, P., Op. Cit. Pág. 49.

⁶¹ “La idea de que en la determinación de la medida de la pena hay que partir de la retribución como punto determinado, pero que para la fijación del quantum de la pena existe un espacio de juego en el que los fines preventivos de la pena pueden ejercer influencia, ha sido sostenida por primera vez por Berner. Se trata de una teoría unitaria o mixta, situada entre las teorías absolutas y relativas de la pena. Si bien en un primer momento coloca en primer plano el fin de la justa retribución, quiere dejar al mismo tiempo espacio para los fines preventivos, los cuales podrán jugar su papel sólo en el marco de las fronteras marcadas por la retribución”, DEMETRIO CRESPO, E., Op Cit. Pág. 237.

⁶² El artículo 36 del C.P. de 1936, establecía: “Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”.

⁶³ El artículo 61 Inc. 1º del Decreto Ley 100 de 1980, apuntaló: “Criterios para fijar la pena. Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente”.

extremos, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes para diferenciar cada caso, existiendo como única regla limitante, la consistente en que sólo se podría imponer el máximo de la pena cuando concurrieran circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo, cuando concurrieran exclusivamente de atenuación⁶⁴.

Con la finalidad de restringir el arbitrio judicial en la imposición de la pena otorgado por las anteriores legislaciones, el cual resultaba bastante amplio, lo que hasta cierto punto generaba una mayor inseguridad jurídica, los legisladores del 2.000, adoptaron, haciendo eco en el derecho comparado, por un sistema de cuartos para que, de conformidad con ciertos parámetros, el operador jurídico seleccionara uno de ellos⁶⁵, para imponer dentro de él la sanción concreta, de acuerdo a la culpabilidad, tal y como se dejó consignado en la exposición de motivos⁶⁶ y lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal⁶⁷.

De tal manera se incorporaron a la actual codificación penal, unas reglas claras de determinación de la pena, donde el Juez, debe partir del marco penal abstracto, atendiendo todas las circunstancias modificatorias de los límites mínimos y máximos, tales como las circunstancias de agravación y/o atenuación punitiva, tanto genéricas como específicas, o dispositivos amplificadores del tipo, para a la postre, dividir el marco en tres proporciones, y de entre ellas, seleccionar el que se corresponde al caso, teniendo en cuenta la concurrencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad, y una vez seleccionado el cuarto, proceder a imponer dentro de ese ámbito de movilidad la pena concreta, teniendo en cuenta los criterios de ponderación.

⁶⁴ Artículo 67 Decreto Ley 100 de 1980, y artículo 39 Ley 95 de 1936.

⁶⁵ PÉREZ BEDOYA, O., Manual para Dosificación de la Pena, Editorial Universidad Santiago de Cali 2007, Pág. 28.

⁶⁶ *“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 sólo se presenten circunstancias atenuantes; el segundo cuando se presenten éstas y agravantes y el último sólo 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”.*

⁶⁷ CSJ. Rad. 41350 de 2014.

Las anteriores reglas, claramente contribuyen a lograr una adecuada motivación, y a dar aplicación a la previsión del artículo 59 del C.P., consistente en que toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena; de manera que los tópicos propios de la argumentación jurídica, utilizados comúnmente para la valoración probatoria y la estructuración del injusto culpable, irradian también la determinación de la pena, en tanto, es la motivación la que aleja la decisión judicial del capricho y de la arbitrariedad, legitimándola y permitiendo su control⁶⁸. Esto es, la decisión debe basarse en un entendimiento racional de los hechos, haciendo clara referencia a los fundamentos, tanto de hecho como de derecho, que basan la resolución para dar respuestas a las partes⁶⁹, lo cual resulta de vital importancia para los efectos de la determinación judicial de la pena y, por supuesto, para efectos de controvertir la decisión.

Siendo así, sin pretender incursionar en el debate filosófico y científico de los fines de la pena, esto es, no desde su justificación teórica, ya que desbordaría por completo el objeto del trabajo, se va a abordar el tema, pero desde una arista netamente normativa del artículo 4º del C.P., que es el punto de partida del presente trabajo, para la caracterización de la teoría que, a nuestro juicio, es la que se ajusta al sistema colombiano, y que a la postre permitirá dar respuesta al problema que se ha planteado.

El artículo 4 del Código Penal, establece: “**Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión**”.

⁶⁸ CSJ, SP del 28 de febrero de 2018, Rad. 47.489: “En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado”.

⁶⁹ JAÉN VALLEJO, M., Derechos Fundamentales del Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Ibáñez 2006, Pág. 59.

Sin ahondar en los problemas dogmáticos que presenta dicha norma, lo cierto es que en su redacción el legislador optó por la conjunción de las teorías absolutas y relativas de la pena, de allí que una adecuada interpretación de la norma puede hacerse desde lo que ha sido llamado por los teóricos como la teoría de la unión⁷⁰. Para mantener un orden metodológico, se hará un bosquejo de las dos corrientes extrapolarías, para después descender a la teoría de la unión.

Las teorías absolutas o retribucionistas⁷¹, se caracterizan por no reconocer ninguna utilidad a la imposición de la pena, concibiendo el delito como un suceso del pasado que se debe castigar⁷² sin ninguna finalidad prospectiva, al entender que la instrumentalización del ser humano para fines estatales es un atropello contra su dignidad, de ahí que su baluarte es la reacción al hecho cometido, a manera de compensación entre males, para lo cual se sigue el eufemismo de reaccionar con un mal ante el daño causado.

Al amparo de esta corriente, la pena se justifica en sí misma, al considerarse como la pena justa o merecida ante el mal cometido, se trata entonces de lograr la compensación del agravio a través de un castigo que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, a través del cual se pretende fundamentar la proporcionalidad de la reacción⁷³.

Dice ROXIN⁷⁴, que Kant intentó en “La metafísica de las costumbres” fundamentar las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas y hacerlas prevalecer con toda nitidez contra todas las interpretaciones utilitaristas. En la retribución moral o ética, se asume como única razón válida para justificar la pena, la necesidad absoluta de castigo a quien lo merece por haber cometido un delito,

⁷⁰ LOPERA MESA, G. y ARIAS HOLGUIN, D., Op. Cit. Pág. 140; POSADA MAYA, R. y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H. Op. Cit. Pág. 89.

⁷¹ Los autores más representativos son: Kant con la tesis de la retribución ética y Hegel con la retribución jurídica.

⁷² POSADA MAYA, R. y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. Cit., Pág. 62.

⁷³ FERRAJOLI, L., Op. Cit. Pág. 253.

⁷⁴ ROXIN, C., Derecho Penal Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Civitas 1997, Pág. 82

haciendo mal uso de su libertad de voluntad o libre albedrío⁷⁵, por lo que la pena se entiende como venganza privada de la ley del talión, ojo por ojo y diente por diente.

Para Hegel, y la retribución jurídica, se parte del presupuesto de que el delito es la negación de derecho que debe ser objetado con otra negación que es la pena, por lo que la pena es la retribución racional al delito, en tanto dice que la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión. Su postura se diferencia de la Kantiana, sobre todo en el principio del Tali3n, que considera pr3cticamente irrealizable, y que sustituye por la idea de la equivalencia entre delito y pena⁷⁶.

Por su parte, las doctrinas utilitaristas o preventivas, no miran al pasado, sino que pretenden justificar la pena con visi3n futurista de prevenir la nueva comisi3n de atentados contra los bienes jur3dicamente tutelados, por lo que entienden que la pena se puede justificar mejor al entenderla como medio de evitaci3n; se dice que se clasifican como utilitarias precisamente por resultar 3tiles para los cometidos sociales de convivencia mediante la prevenci3n de delitos; entre las teor3as utilitarias se encuentran las preventivo especiales, y las preventivo generales, ambas con la doble dimensi3n de positivas y negativas⁷⁷.

La prevenci3n de delitos se remonta a los or3genes del pensamiento penal, pues advi3rtase como ya en S3neca, evocando la idea de Prot3goras que fue transmitida por Plat3n, dice: *“Ning3n hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque”*⁷⁸, y posteriormente, ya en el iluminismo, BECCARIA, indic3:

“Por la simple consideraci3n de las verdades hasta aqu3 expuestas, resulta evidente que el fin de las penas no es el atormentar y afligir a un

⁷⁵ POSADA MAYA, R., y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. Cit. Pág. 62.

⁷⁶ ROXIN, C., Op. Cit. Pág. 82

⁷⁷ POSADA MAYA, R. y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. Cit., Pág. 64

⁷⁸ ROXIN, C., Op. Cit. 85.

ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido ¿Puede un cuerpo político que, lejos de obrar por pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, albergar esa inútil crueldad, instrumento de furor y del fanatismo o de los débiles tiranos? Los gritos de dolor de un infeliz ¿harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales”⁷⁹

La prevención especial, va dirigida al autor individual, aquel que no fue motivado por la norma de determinación, decidiendo ejecutar la acción positiva o negativa que condujo a la lesión o puesta en efectivo peligro del bien jurídico, cuya finalidad tiende a que en el futuro este sujeto no vuelva a delinquir; FRANZ V. LISZT, indicó que la prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**⁸⁰.

De esos postulados del padre moderno de la prevención especial, se desprenden las dos vertientes, la negativa, según la cual la pena sirve como medio incapacitante, para así garantizar a la sociedad, que éste sujeto al ser retirado del desenvolvimiento social no volverá a incursionar en conductas delictuales; y la faz positiva, en donde se busca la corrección bajo el entendimiento lingüístico de resocialización o socialización, pero nunca de desocialización.

La prevención general, como su mismo nombre lo indica, se dirige como un mensaje psicológico motivacional a todo el conglomerado social, a través de la amenaza penal y la ejecución de la pena.

Al igual que el anterior criterio prevencionista, se dimensiona en dos fases, la negativa y la positiva; la primera formulada por Feuerbach a través su teoría de la coacción psicológica, que concibe al individuo como un ser racional que es capaz de calcular la no conveniencia de la realización del delito, debido al mal que

⁷⁹ BECCARIA, C., Op. Cit. Pág. 143.

⁸⁰ ROXIN, C., Op. Cit. Pág. 85.

supone la pena, superior a la ventaja obtenida mediante la realización del delito⁸¹, esto es, se caracteriza por la coacción psicológica o de intimidación; en tanto que la positiva busca crear conciencia del derecho en los asociados, a fin de evitar en general la realización de delitos y lograr la sana vida en común⁸².

Así las cosas, evidente es la diferencia entre las posiciones absolutas o retribucionistas y las justificaciones relativas o utilitaristas, donde las primeras miran al pasado, las segundas lo hacen hacia el futuro; mientras para las primeras la legitimidad no está condicionada por fines extrapunitivos, para las segundas su condición es la adecuación aun fin perseguido, externo al derecho mismo, y requiere por tanto un balance concreto entre el valor del fin que justifica el (cuándo) de la pena y el coste del medio para el que está justificado el (cómo)⁸³.

Por último, la teoría de la unión⁸⁴, lo que hace es atraer todas las teorías, para unificarlas, y generar una nueva, de estirpe ecléctico, buscando la utópica integración entre las dos vertientes, otorgándole a cada una de ellas, un espacio y escenario de actuación, pero a la vez ubicándolas en el mismo rango. Lo anterior, en voces de autores nacionales de relevancia, *“tienen por objetivo desvirtuar la exclusividad de los razonamientos de las teorías absolutas y relativas como explicaciones excluyentes para justificar la pena, sin rebatir sus fundamentos, mediante la combinación de los criterios de justicia y utilidad”*⁸⁵.

Retomando nuevamente el artículo 4º del Código Penal, se observa como el incriminador primario hizo referencia básicamente a la prevención general, la retribución justa y la prevención especial, en tanto que la inclusión de la

⁸¹ DEMETRIO CRESPO, E., Op. Cit. Pág. 110.

⁸² SALAZAR MARÍN, M., Teoría del Delito, Editorial Ibáñez 2014, Pág. 792

⁸³ FERRAJOLI, L., Op. Cit. Pág. 253.

⁸⁴ Fuertemente criticada por JAKOBS. G., Sobre la teoría de la pena, cuadernos de conferencias y artículos No. 16, Universidad Externado de Colombia 1998, traducción de Manuel Cancio Meliá.

⁸⁵ POSADA MAYA, R., y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. Cit. Pág. 83.

reinserción social y la protección al condenado se debe entender como el límite⁸⁶ de la prevención especial en su faz positiva.

En la misma redacción de tal norma, emerge evidente, que a la prevención especial se le pretendió dar un lugar y momento de actuación, lo cual se puede leer, cuando se dice que “*operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión*”, lo que por sustracción de materia, nos deja la prevención general y la retribución justa, como fines a tener en cuenta en los momentos previos, línea argumentativa que conduce indefectiblemente a determinar que la retribución justa, entendida como limitante del poder Estatal que lleva a los cauces de la proporcionalidad de la culpabilidad por el hecho, se da al momento de la imposición de la pena acompañada de la prevención general positiva, y la prevención general negativa, en su conminación⁸⁷.

Para ejemplificar lo antes dicho, podemos acudir a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, quienes para el caso español, lo manejan bajo un punto de vista totalizador⁸⁸, explicándolo así:

Con otras palabras, cuando el legislador amenaza con la pena de prisión de diez a quince años en el art. 138 del Código Penal el hecho de matar a otra persona, lo hace con la esperanza de que, a la vista de la pena con que conmina la realización de ese hecho, la generalidad de los ciudadanos normales se abstendrán de matar a sus semejantes - prevención general negativa-. Pero si, a pesar de esta conminación, alguien llega a cometer culpablemente un homicidio, entonces debe aplicársele la pena prevista con un criterio retributivo, es decir, porque ha cometido el homicidio, demostrando al mismo tiempo, con ello, la seriedad de la amenaza penal (prevención general positiva). Una vez impuesta la pena de prisión, de acuerdo con la idea de prevención especial, que

⁸⁶ LOPERA MESA, G. y ARIAS HOLGUÍN, D., Op. Cit. Pág. 144. “*Designar como fin de la pena, junto a la reinserción social, la protección al condenado, impone no sólo que el fin preventivo especial positivo sea entendido como mandato de no desocialización, sino que también exige la constatación de que se cumplan todas esas condiciones para garantizar que la ejecución de la pena no tenga ella misma un carácter criminógeno para el individuo a quien se impone*”.

⁸⁷ Al respecto puede verse: LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D., Op. Cit. Pág. 151; POSADA MAYA, R., y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. Cit. Pág. 99; BERNAL ACEVEDO, G., Derecho Penal General. Concepto, Justificación, Límites y Esquemas del Delito, Ed. Ibáñez 2016. Pág. 174.

⁸⁸ Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos.

*durante la ejecución de la pena se actúe directamente sobre el delincuente, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que, una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse en la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia*⁸⁹.

La reinserción social y la protección al condenado, deben entenderse de cara a la prevención especial positiva⁹⁰, la primera como un mandato positivo, que bajo el postulado constitucional de la Dignidad Humana tiende a que el Estado brinde las oportunidades y espacios para hacer efectiva la inclusión social en contraposición a la exclusión, en la cual juega un papel preponderante el penado a efectos de que sea por su propia iniciativa la realización del tratamiento penitenciario que se ofrezca, como ejercicio de su autodeterminación y del libre desarrollo de su personalidad, y, la segunda, es la otra cara de la misma moneda, entendida como un mandato de exigibilidad para el Estado, que se opone a la imposición de penas que por sus condiciones de ejecución, duración y las consecuencias que conllevan resulten desocializadoras para el infractor, es decir hay una correlación vinculante entre los dos postulados, que se desprende de la justificación de esa particular finalidad de la pena.

Para continuar con la caracterización de la determinación judicial de la pena en Colombia, necesariamente, debemos remitirnos al artículo 61 del C.P., que parte de unos ámbitos de movilidad, entendidos como extremos mínimos y máximos, los que a su vez se dividen según concurren circunstancias de mayor⁹¹ o menor punibilidad⁹², convirtiéndose en tres cuartos, ubicándose el juzgador, según sea el caso, en el primero si no existen atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro del cuarto medio cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación, y en el cuarto máximo cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva.

⁸⁹ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal Parte General, séptima edición, Tirant lo Blanch 2007, Pág. 50.

⁹⁰ Al respecto LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D. Op. Cit. Pág. 150 y POSADA MAYA, R., y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. Cit. Pág. 98.

⁹¹ Artículo 58 C.P.

⁹² Artículo 55 C.P.

En tal escenario, en cabeza del juez recae una labor analítica y de valoración, para establecer la consecuencia jurídica aplicable al caso concreto, para ello, debe echar mano de los límites materiales que caracterizan el *ius puniendi* en un Estado Democrático de Derecho, a saber: el principio de favorabilidad⁹³, en los eventos en que se presente coexistencia de normas penales; así como el principio de *non bis in ídem*⁹⁴, para que al momento de justificar los criterios de ponderación no incurra en una doble valoración de elementos del delito o de las circunstancias que fundamentan el ilícito; igualdad material⁹⁵, en caso de que haya coprocesados, en contraposición con la igualdad formal; y el principio de dignidad humana.

Una vez seleccionado el marco de movilidad, se genera un espacio de juego fusionado con el valor jerárquico del empleo, que permite graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho, para lo cual se ha de atender los criterios de ponderación, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las circunstancias 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. Estos criterios de ponderación buscan dar herramientas al funcionario judicial, para que en el espacio de juego atendiendo al valor jerárquico del empleo, pueda arribar a la pena justa de acuerdo a la culpabilidad por el hecho.

A manera de ejemplo de la tesis propuesta, debe decirse, que el legislador estableció para todos los tipos penales un marco punitivo, que constituye el espacio de juego en sentido amplio, ese margen se divide en cuartos, la elección del cuarto para la imposición de la pena depende de considerar las circunstancias de mayor o menor punibilidad que se hayan atribuido o que estén presentes, tratándose de las de menor punibilidad, ese cuarto de movilidad identificado para el caso concreto constituye el espacio de juego estricto, dentro del cual se deben atender los criterios de ponderación establecidos en el artículo 61 C.P. y

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia C- 371-11.

⁹⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, A., ¿En Colombia se respeta el principio Non Bis In Ídem?, en Revista Principia Iuris julio – diciembre 2015, Vol. 12, No. 24, Pág. 39-57.

⁹⁵ BERNAL PULIDO, C., El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, 2008, Pág. 257.

mencionados en anteriores apartados, que constituyen el valor jerárquico del empleo, a los que el juzgador les asignará un valor, que está atado a los fines de la pena, para de esa manera graduar la culpabilidad, entendida como merecimiento de pena, en proporción a la gravedad del hecho.

Ese examen de culpabilidad con incidencia en la determinación judicial de la pena, al que se ha hecho referencia, se asemeja al esquema propuesto por Schäfer y presentado DEMETRIO CRESPO⁹⁶, de la siguiente manera:

1. *Desvalor de resultado.*
 - 1.1. *Resultado conforme al tipo*
 - 1.1.1. *Tipo y Medida*
 - 1.1.2. *Modificaciones*
 - 1.1.2.1. *Cocausación*
 - 1.1.2.2. *Reparación*
 - 1.2. *Consecuencias del hecho externas al tipo*
 - 1.2.1. *Comprendidas por la norma (consecuencias culpables del hecho)*
 - 1.2.2. *No comprendidas por la norma.*
2. *Desvalor de acción.*
 - 2.1. *Acción típica*
 - 2.1.1. *Parte subjetiva (factores psíquicos)*
 - 2.1.1.1. *Culpabilidad disminuida*
 - 2.1.1.2. *Motivos y finalidad*
 - 2.1.1.3. *Actitud exteriorizada en el hecho*
 - 2.1.1.4. *Voluntad empleada ("energía criminal")*
 - 2.1.2. *Parte objetiva*
 - 2.1.2.1. *Gravedad de la violación del deber*
 - 2.1.2.2. *Forma de ejecución*
 - 2.2. *Comportamiento anterior y posterior al hecho no típicos*
 - 2.2.1. *Comportamiento anterior al hecho*
 - 2.2.1.1. *Conducción de la vida en libertad de modo socialmente útil*
 - 2.2.1.2. *Delitos anteriores*
 - 2.2.1.3. *Efectos de aviso -Penas anteriores, procesos anteriores*
 - 2.2.2. *Comportamiento posterior al hecho*
 - 2.2.2.1. *Estabilización social*
 - 2.2.2.2. *Comportamiento procesal*
 - 2.2.2.2.1. *Arrepentimiento, inspección, declaración de culpabilidad*
 - 2.2.2.2.2. *Ayuda para el esclarecimiento*
 - 2.2.2.3. *Esfuerzos para la compensación a la víctima*
 - 2.2.2.4. *Aumento del daño*
 - 2.2.2.5. *Nuevos hechos penales.*

⁹⁶ Op cit. Pág. 308

Si se hace la comparación entre los criterios de ponderación adoptados por el legislador colombiano y el esquema de Schäfer, se encuentra gran similitud en los componentes que se deben tener en cuenta para el examen de la culpabilidad en la individualización judicial de la pena, pues se comparte el desvalor de acción, el desvalor de resultado, y la faz subjetiva. De manera que, al caracterizar el modelo previsto en el artículo 61 del C.P., para la determinación judicial de la pena, encontramos que guarda estrecha coherencia con la teoría del espacio de juego, entendida no cómo capacidad discrecional del funcionario judicial para imponer la pena dentro de los cuartos de movilidad, sino como una facultad reglada mediante la teoría del valor jerárquico del empleo, en la que precisamente entran en juego los criterios de ponderación, constituyéndose en el medio de racionalización de la pena, para arribar de manera motivada a la pena justa por la culpabilidad del hecho.

Como puntos de encuentro, en la similitud que viene exponiéndose, en la legislación colombiana, encontramos como criterios de ponderación las circunstancias de mayor o menor punibilidad. De las de menor punibilidad o de atenuación: i. La reincidencia o delitos anteriores⁹⁷, ii. Los esfuerzos para la compensación de la víctima o la reparación⁹⁸, iii. Culpabilidad disminuida⁹⁹, iv. Comportamiento procesal y ayuda al esclarecimiento¹⁰⁰; y de agravación o mayor punibilidad: i. Móvil¹⁰¹, ii. Voluntad empleada (energía criminal)¹⁰², iii. Actitud exteriorizada en el hecho¹⁰³, entre otras.

⁹⁷ Artículo 55 Núm. 1º, carencia de antecedentes penales, como atenuación.

⁹⁸ Artículo 55 Núm. 6º Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total, de atenuación.

⁹⁹ Artículo 56 Núm. 8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto haya influido en la ejecución de la conducta punible; Núm. 9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinada por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.

¹⁰⁰ Artículo 56 Núm. 7º. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.

¹⁰¹ Artículo 58 Núm. 2º. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; Núm. 3º. Que la ejecución de la conducta punible este inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.

¹⁰² Artículo 58 Núm. 8º. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

¹⁰³ Artículo 58 Núm. 6º. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible. 5º. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido.

Una vez, el funcionario ha agotado los fundamentos para la individualización de la pena, previstos en el artículo 61 del C.P., el resultado es la pena como justa retribución al injusto culpable realizado, que adicionalmente cumple el cometido de prevención general, es esa la pena que se corresponde al hecho cometido, un entendimiento diverso de ello estaría agregando por conveniencia, por mediatización o por arbitrariedad, criterios, elementos o figuras no previstas para su determinación, pues, como lo afirma MAURACH:

*La doctrina de la individualización representa la inmediata aplicación práctica de la doctrina sobre la esencia y los fines de la pena; aquélla debe cumplir los requisitos que se derivan del concepto de la pena, ya que la individualización de la pena es la realización de la justa retribución en el caso particular, dentro de las fronteras trazadas por la retribución deben perseguirse aquellos fines preventivos que, en el caso concreto, pueden y deben ser alcanzados*¹⁰⁴.

Respecto a la pena final o concreta, una vez se ha realizado todo el procedimiento de determinación judicial de la pena, proceden las rebajas o descuentos punitivos por acciones positivas posteriores: sentencia anticipada, allanamiento a los cargos, confesión, reparación o devolución de lo apropiado.

Los fenómenos postdelictuales pueden definirse como aquellas figuras jurídicas creadas por el legislador con la finalidad de atemperar la pena impuesta a condición de que el sujeto pasivo de la acción penal realice acciones tendientes a contribuir con el restablecimiento del derecho afectado o al menor desgaste en la actividad procesal, ejemplo de los primeros tenemos la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro en el peculado, la retractación en el falso testimonio, en tanto que de las segundas, se trata de la sentencia anticipada, la aceptación a los cargos o la confesión.

Como se puede advertir, son todas situaciones que nada tienen que ver con la conducta punible, y por ende no inciden en la tipicidad, antijuridicidad o

¹⁰⁴ CHICHIZOLA, M., La Individualización de la Pena, Abeledo-Perrot 1967, Pág. 50.

culpabilidad, o en las formas de participación, esto es, no afectan el injusto culpable, y por tanto no tienen la capacidad de modificar o influir el juicio de responsabilidad penal.

En los fenómenos postdelictuales se pueden identificar tres rasgos fundamentales que sirven a la caracterización del comportamiento ulterior a la conducta punible¹⁰⁵:

i. La posterioridad: los comportamientos postdelictuales acontecen con posterioridad a la ejecución del suceso delictivo, ello no significa que se requiera la consumación del hecho, en tanto que la conducta pudo quedar en el grado de tentativa, luego no es de la esencia, y por tanto tampoco resulta indispensable la consumación del delito para que posteriormente se pueda por parte del sujeto agente, realizar la acción positiva.

ii. La voluntariedad: cualquiera que sea la modalidad de acción positiva posterior al delito, debe ser discrecional, es decir, debe presentarse sin coacción alguna, de manera libre y voluntaria.

iii. El contenido positivo: es necesario que la conducta se materialice con una faz positiva, como se presenta en la reparación al pretender devolver las cosas a su estado anterior, principio de restablecimiento del derecho, o en la colaboración con la Administración de Justicia.

Ahora, si bien es cierto, como ya quedó anunciado, el comportamiento positivo posterior a la conducta punible no influye en la relevancia de la conducta ilícita, también es cierto, que debe tener alguna incidencia, y su valoración en términos punitivos ha de hacerse de cara a la necesidad de reacción penal¹⁰⁶,

¹⁰⁵ MENDES DE CARVALHO, E., Comportamiento Postdelictivo y Fines de la Pena, ARA Editores, 2008, Pág. 41.

¹⁰⁶ FREUND, G., La Determinación de las Consecuencias Jurídico-Penales como Sistema, en Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización (Simposio Interuniversitario Europeo San Sebastián 15-16 de septiembre de 2006), Argitalpen Zerbituza Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, Editoras Adela Asúa Batarrita y Enara Garro Carrera, Pág. 45.

necesariamente, atemperando sus consecuencias, o incluso anulando la necesidad de ejercitar la acción penal, como sucede en los casos de conductas querellables o en las hipótesis de oportunidad.

En los eventos en que el fenómeno conlleva una reducción de pena, por aminoración en la necesidad de reacción penal, es evidente que la misma se da por razones ajenas a la culpabilidad por el hecho, según la lógica de que una pena innecesaria es injusta¹⁰⁷.

De tal manera que en las consecuencias punitivas que acarrearán todos los fenómenos postdelictuales, al ser entendidos éstos como acciones positivas posteriores al delito, al descartarse su incidencia en el injusto típico o sobre el grado de culpabilidad, la disminución de la sanción encuentra explicación en razones relativas a la menor necesidad de pena desde los fines que se predicán de ésta en la fase de individualización judicial, esto es, vuelven y cobran relevancia los criterios preventivos y retributivos.

En la sentencia anticipada o en la aceptación de responsabilidad por allanamiento a cargos o preacuerdos¹⁰⁸, la rebaja de pena tiene una justificación casi que generalizada, que se explica desde fines utilitaristas -rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales¹⁰⁹-, es decir se apela a genéricas finalidades de política criminal conectadas con la eficiencia de la administración de

¹⁰⁷ TAMARIT SUMALLA, J., Hechos Postdelictivos e individualización de la ejecución, en Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización, Op. Cit. Pág. 110.

¹⁰⁸ Sin ingresar en los problemas que en materia de garantías entraña la justicia negociada, valga plantear, como lo advierte FERRAJOLI, L., Op. Cit., Pág. 749: *“Todo el sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación; los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, ya que no existe ningún criterio legal que condicione la severidad o la indulgencia del ministerio público y que discipline la partida que ha emprendido con el acusado”*; en igual sentido lo hace FERRÉ, J., El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, RECPC 20-06 (2018), quien considera que la conformidad resiente los principios de igualdad, legalidad, publicidad, intermediación, oralidad, presunción de inocencia.

¹⁰⁹ DÍEZ, L., Justicia Criminal Consensuada, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, Tirant lo Blanch 1999, Pág. 55

justicia, razones que en nuestro concepto, no alcanzan a explicar desde el sustrato material la justificación de menor necesidad de pena¹¹⁰.

Luego, si nos remitimos a la prevención general positiva, en su vertiente pacificadora, se encuentra que el reconocimiento del hecho y su asunción de responsabilidad, realizada de manera voluntaria sin coacción alguna, conlleva a enervar su contenido positivo, por lo que la sumisión voluntaria a la justicia explicaría la atenuación de la respuesta punitiva, al entender que la reprobación que la pena pretende expresar va dirigida a confirmar ante la generalidad la fuerza del Derecho y su capacidad coactiva de imponerse ante el infractor, de manera que, cuando el sujeto justiciado, se adelanta a aceptar esa respuesta, se reduce la intensidad de esa necesidad de imposición simbólica¹¹¹, resultando suficiente la pena atenuada para satisfacer los fines preventivos. También se deben tener en cuenta, las finalidades previstas en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, en especial, la que se corresponde a que los preacuerdos deben buscar la humanización de la pena, en términos universales anclados a la dignidad humana, lo que de suyo desdice de cualquier interpretación que niegue su reconocimiento.

Similar situación ocurre con la reparación, como lo explica ÉRIKA MENDES¹¹², al estimar que la reparación del daño responde a criterios de prevención general positiva, al disminuir la nocividad social de la conducta delictiva, lo que no supone una disminución de los fines inhibitorios ni una pérdida de la confianza de los ciudadanos en la reafirmación del ordenamiento jurídico, sino por el contrario supone “*un buen ejemplo*” ante los ojos de la comunidad por el regreso voluntario del culpable a la legalidad. En este tema de la reparación, incluso, se ha llegado a ofrecer como sanción para los delitos que la toleran, en tal sentido ROXIN expone

¹¹⁰ Sobre las finalidades que se otorgan a las rebajas de pena por terminación anticipada del proceso, existen en nuestro medio posiciones antagónicas, al respecto puede verse: MOLINA LÓPEZ, R., Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿Diferentes verdades en el proceso penal? en perspectivas y retos del proceso penal, UPB, 2015, Pág. 141; CATAÑO VALLEJO, R., El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial, análisis de las sentencias 36502 de 2011 y 38285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C 645 de 2012, en Nuevo Foro Penal Vol. 9. No. 80 enero- julio 2013, Pág. 171.

¹¹¹ GARRO CARRERA, E., La Atenuante de Confesión: discusión sobre su fundamento, en Hechos Postdelictivos y Sistema de Individualización, Op. Cit. Pág. 163.

¹¹² MENDES DE CARVALHO, E., Op. Cit. Pág. 136.

que, con ella, *“se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de la libertad o de multa, que a menudo realmente frustran la reparación del daño”*, además de tener *“un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender conocer los intereses legítimos de la víctima”*¹¹³, lo que demuestra, por lo menos teóricamente, que ese fenómeno positivo posterior al delito, tiene un fin resocializador, catalogable desde el punto de vista de la prevención especial positiva.

Ahora, desde la óptica de la prevención especial, en busca de la inclusión social y no desocialización a través de la imposición de una pena de magnitud innecesaria, también se encuentra explicación o fundamento a la reducción de pena por fenómenos postdelictuales, si en cuenta se tiene que bien en la reparación ora en la aceptación de responsabilidad, el culpable está ejecutando acciones positivas que deben ser valoradas desde el punto de vista de los fines de la pena, en la etapa de ejecución.

Si la norma que rige la determinación judicial de la pena en Colombia es el artículo 61 del C.P. y en éste no tienen ninguna incidencia los fenómenos postdelictuales, puesto que las rebajas de pena que estos comportan tienen lugar una vez se ha establecido la pena final, no hay razón normativa para cambiarles su ámbito de aplicación.

A manera de recapitulación, debemos indicar que en los fundamentos para la determinación de la pena establecidos en el artículo 61 del C.P., están compilados los criterios dogmáticos de la teoría del espacio de juego, y al incorporar el legislador, los criterios de ponderación se está aceptando la mixtura con la teoría del valor jerárquico del empleo, teorías que como se ha indicado en precedencia, tienen por finalidad última, pretender racionalizar el proceso de determinación judicial de la pena intentando conjugarla con los fines de la pena, para de esa manera evitar las antinomias.

¹¹³ ROXIN, C., Op. Cit. Pág. 109.

Una vez se ha llegado a la caracterización de la teoría que puede fundamentar una interpretación dogmática de la determinación judicial de la pena en Colombia, pasaremos a ver la graduación de la pena en el caso de concurso de conductas punibles.

5. Regulación del concurso de conductas punibles

El artículo 31 del C.P.¹¹⁴, regula lo concerniente al concurso de conductas punibles. Para el entendimiento de esta norma, deben considerarse tres aspectos que resultan de vital importancia para dar respuesta al objeto de este trabajo, todos englobados en el inciso primero, a saber: i. Las clases de concursos de conductas que regula; ii. El sistema de punición acogido por el legislador para el concurso de conductas punibles; y iii. Qué se debe entender por “pena más grave”

Así mismo, es importante dejar sentado que esta norma de manera tácita o innominada se está vinculando con el artículo 61 del C.P., pues, aunque se imponga una pena única cuando se ha cometido un número plural de ilícitos, resulta necesario primero determinar las diferentes penas para cada delito y así poder ubicar la proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, que no es otra cosa que *“la que establezca la pena más grave según su naturaleza”*. En síntesis, la determinación de la pena en el concurso de conductas punibles no se escapa de los parámetros trazados por la teoría ya caracterizada.

5.1. Clases de concursos que se regulan

¹¹⁴ Artículo 31. 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.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrente 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.

Parágrafo: En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Los delitos continuados y masa, traen su propia reglamentación en el parágrafo del artículo 31 C.P., en el que se impone la pena correspondiente el tipo respectivo y se aumenta en una tercera parte¹¹⁵. En el primer inciso, se regula tanto el concurso material como el ideal, entendido el primero a grosso modo, como aquel en el que se presenta una pluralidad de acciones independientes, susceptibles de ser encuadradas en uno o varios tipos penales, realizados por la misma persona, y que concurren para ser juzgadas en un mismo proceso, en tanto que el concurso ideal, se presenta cuando el autor, mediante una única acción realiza al mismo tiempo una pluralidad de tipos penales¹¹⁶.

En términos generales, existen dos formas de regular los concursos de conductas punibles: i. El método de la distinción; y ii. La fórmula unificada.

El primero, como su nombre lo indica, opta por dar un tratamiento punitivo diferente según se trate de un concurso material o ideal. Es el caso de la legislación española, en la que se acoge un sistema de punición que sigue el principio de exasperación o asperación para los eventos del concurso ideal y medial, que conduce a una pena única agravada, siempre que ello sea más favorable que la acumulación de penas, en tanto que, para el concurso real, se parte de la acumulación jurídica material, pero limitada por el principio de acumulación jurídica¹¹⁷.

Por el contrario, la fórmula unificada¹¹⁸ da igual tratamiento a las dos modalidades de concurso de conductas punibles, que es el sistema por el que optó la legislación colombiana, tal cual se puede extraer de la simple literalidad de la norma, cuando refiere: *“El que con una sola acción u omisión (concurso ideal) o con varias acciones u omisiones (concurso real) infrinja varias disposiciones de la*

¹¹⁵ Sobre el tema, puede leerse a profundidad en VELÁSQUEZ, F. Los delitos continuados y masa, UPB 2008; y POSADA MAYA R. El delito continuado, Universidad de Salamanca 2010.

¹¹⁶ VELÁSQUEZ, F., Manual de Derecho Penal Parte General, Temis 2002. Pág. 479.

¹¹⁷ MIR PUIG, S., Derecho Penal Parte General, 5ª edición 2003. Pág. 672.

¹¹⁸ *Ibidem*.¹¹⁸

ley penal (concurso heterogéneo) o varias veces la misma disposición (concurso homogéneo)”.

En principio, ante la falta de distinción entre las dos modalidades de concurso, se podría pensar que el intérprete y aplicador de la norma, no se ve en la necesidad de hacer las diferenciaciones de cara a adoptar la pena para el caso concreto, lo cual no es acertado, al resultar inevitable su diferenciación conceptual, lo que necesariamente debe llevar al aplicador a echar mano de los principios que rigen la individualización de la pena, en tanto que ni fenomenológicamente ni dogmáticamente puede considerarse lo mismo, el ejecutar varias acciones u omisiones y obtener varios resultados, a ejecutar una sola acción que ocasiona varios resultados, siendo así, esa diferenciación se debe reflejar punitivamente, tanto por razones de prevención general, y especial, como por fines retributivos.

Sin pretender profundizar en la diferenciación del concurso ideal con el material, tema que escapa al alcance del presente trabajo, si resulta necesario indicar que desde la perspectiva del injusto, lo decisivo en el desvalor de acción personal, es la menor intensidad en el concurso ideal¹¹⁹, en el entendido que el autor conserva una voluntad unitaria que se refleja por una única decisión final ejecutiva que alcanza varios resultados antijurídicos¹²⁰ homogéneos o heterogéneos, contrario a lo que acontece con el concurso material, que se distingue por la pluralidad de acciones independientes donde se presentan varios resultados que se pueden adecuar al mismo o a varios tipos penales, queridos de manera independiente pero reiterados en el tiempo, lo que implica la concurrencia de injustos y por tanto la posibilidad de “concurso” es de carácter estrictamente procesal¹²¹.

¹¹⁹ ÁLVAREZ, M., El concurso ideal de delitos, Editorial de la universidad de Granada 2007, Pág. 244. *“Por consiguiente, desde esta perspectiva, en la que se atiende exclusivamente al desvalor de acción y a la función preventiva de la pena, la concurrencia ideal requiere de una sanción superior a los casos de unidad delictiva, e inferior a los de concurrencia real. O dicho de otra manera, la pena del concurso ideal no puede ser igual que la del concurso real, pues no puede nunca merecer el mismo juicio desvalorativo la realización de un único disparo que la producción de una pluralidad de ellos. El peligro que encierra un solo disparo no es igual que el de dos, que por lógica matemática conlleva un doble riesgo, y ello debe determinar una pena inferior en un caso que en otro, pero no en virtud de los resultados producidos sino por la peligrosidad de la conducta, esto es, por el desvalor de acción o de las acciones realizadas”.*

¹²⁰ POSADA, R., Op. Cit. Pág. 44.

¹²¹ VELÁSQUEZ, F., Op. Cit. Pág. 474.

La menor intensidad en el desvalor de acción personal, es la que debe ponderar el juzgador al momento de realizar el proceso de individualización judicial de la pena, en el espacio reglado previsto por el legislador colombiano, en los llamados criterios de ponderación contenidos en el inciso 3º del C.P.

Ahora, al no existir homogeneidad en todos los casos que se debaten ante la justicia penal, ha de indicarse que la anterior perspectiva no es regla general que clausure la discusión doctrinal sobre el tema, en especial cuando se trata del concurso ideal homogéneo, ampliamente discutido con el ejemplo del coche bomba en el que se presentan plurales efectos contra la vida, en el que se debe ponderar el mayor desvalor de resultado como criterio de ponderación para la identificación final de la pena atendiendo la mayor gravedad de cara a la múltiple afrenta contra el bien jurídico supremo de la vida¹²².

5.2. Sistemas de Punición.

Se han ensayado distintas soluciones penológicas en materia de concurso de conductas punibles, dentro de las que se encuentran:

i. Acumulación aritmética o material. El cual sigue el criterio eminentemente retributivo de tantas penas cuantos delitos cometidos. Esto es, que la pena correspondiente para cada una de las conductas punibles cometidas se suma, procurando así sancionar separada, pero acumulativamente cada una de las infracciones, siempre que sean de la misma naturaleza, y en caso de ser de diferente naturaleza concurren para ser cumplidas simultáneamente.

Se le critica, que la adición aritmética puede conducir en algunos casos a superar la esperanza de vida del condenado, o a restablecer fácticamente una pena de

¹²² El criterio del resultado para determinar la unidad de hecho como fundamento del concurso ideal, al respecto, ÁLVAREZ, M., Op. Cit. Pág. 240

prisión a perpetuidad, conllevando además a la imposición de penas supremamente desproporcionadas¹²³.

ii. Absorción: como se desprende de su propio rotulo, la pena mayor absorbe a la de menor intensidad, quedando una pena única.

La crítica que se le hace, consiste en que genera laguna de impunidad, con relación a los delitos menos graves, en tanto se estima que beneficia sin razón al delincuente, para quien resulta un buen negocio ser juzgado de una vez por varios delitos y castigado con la pena de uno solo de ellos¹²⁴.

iii. Acumulación jurídica o exasperación. Criterio según el cual se castiga con la pena que corresponda al delito más grave aumentándola en cierta proporción. Con esta alternativa, se pretende no dejar margen de impunidad en relación a ninguno de los delitos concurrentes, pero sin pecar por exceso, a través de la imposición de una pena desproporcionada.

El legislador colombiano, acogió la tesis de la acumulación jurídica o exasperación, al determinar que en los casos de concurso de conductas punibles se parte de la pena más grave aumentada hasta en otro tanto¹²⁵, pero con la limitante que, ese tanto no puede superar la suma aritmética que correspondería a las respectivas conductas punibles debidamente individualizadas y dosificadas, y sin exceder el tope máximo de la pena de prisión que es de 60 años. Esto es, se establecieron límites absolutos y relativos.

En cuanto al límite absoluto, la pena no debe superar los 60 años de privación de la libertad, por lo que los incrementos de hasta otro tanto, no pueden ir más allá; y relativo, en cuanto está marcado por el doble del máximo de la pena más grave¹²⁶,

¹²³ FERRÉ OLIVÉ, J., NÚÑEZ PAZ, M., y RAMÍREZ BARBOSA, P., Derecho Penal Colombiano Parte General, Principios Fundamentales y Sistema, Editorial Ibáñez 2010, Pág. 582.

¹²⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Op. Cit., Pág. 942 Vol. II.

¹²⁵ POSADA MAYA, R. y HERNÁNDEZ BERNÁL, H., Op cit. Pág. 587.

¹²⁶ FERRÉ, J., NÚÑEZ, M., y RAMÍREZ, P., Op. Cit. Pág. 583.

porque el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino que deberá representarle una ventaja sustancial al procesado¹²⁷, toda vez que no quedará sometido a cada una de las penas que corresponden a las conductas realizadas.

5.3. Qué se debe entender por pena más grave.

El artículo 31 del C.P., establece que tratándose de concurso de conductas punibles, el justiciable quedará sometido a la pena más grave según su naturaleza. La redacción de la norma, permite suponer, en otras interpretaciones, que se debe tratar de penas análogas, esto es, que se procederá de conformidad a su naturaleza. Esa interpretación, no ofrece mayores inconvenientes para el caso colombiano, en tanto, que sólo existen tres tipos de penas principales: la privativa de la libertad, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial¹²⁸.

Tratándose de delitos que consagren penas de multa, se seguirá la regla de la acumulación aritmética, en tanto que las penas pecuniarias tienen unos parámetros especiales contemplados en el artículo 39 Núm. 4º del C.P., esto es, la acumulación material, con el límite máximo de 50.000 S.M.L.M.V.

Siguiendo los planteamientos dogmáticos que se han expresado en párrafos anteriores, la propuesta que se hace, para abordar e interpretar el concepto de pena más grave, previsto en el artículo 31 del C.P., es aquella que entiende que se está refiriendo directamente a la pena final que se haya obtenido una vez aplicados los criterios previstos para la determinación judicial, esto es, aquellos establecidos en el artículo 61 del C.P., que como se sostuvo en acápites anteriores, acoge la teoría del espacio de juego como teoría mixta atendiendo al valor jerárquico del empleo.

¹²⁷ CSJ SP2998-2014, Rad. 42.623.

¹²⁸ Artículo 35 Código Penal.

Lo anterior es de relevancia, para el desarrollo de la cuestión, si en cuenta se tiene que, en los criterios de determinación de la pena, bajo la teoría mixta en mención, se pretende satisfacer y conjugar la determinación judicial de la pena con los fines de la pena, lo que, entendido así, permite afirmar que la pena que se obtiene como resultado, es la que se corresponde a la culpabilidad del agente.

Por lo que para identificar la pena con mayor intensidad punitiva, conforme al artículo 61 C.P., se debe realizar todo el proceso de determinación judicial, para cada una de las conductas punibles concurrentes, lo que implica fijar los extremos punitivos, teniendo en cuenta las circunstancias modificatorias -tentativa, complicidad, ira e intenso dolor, etc.-, para luego obtener los cuartos de movilidad, identificar el que se corresponde para cada evento, y una vez identificado el cuarto de movilidad, atender el valor jerárquico del empleo que da cada uno de los criterios de ponderación, y finalmente obtener la pena concreta y proporcional para cada hecho¹²⁹.

De tal manera, la pena que se obtiene para cada una de las conductas concursales, es la pena que se ajusta a la culpabilidad, y entre ellas se seleccionará la de mayor intensidad, en términos cuantitativos, que será entonces la pena base u operativa, que se incrementará hasta en otro tanto¹³⁰ por los demás punibles, sin superar la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas.

Pareciera, que las anteriores consideraciones dogmáticas, han sido acogidas en buena medida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuya línea, en torno a la determinación de la pena más grave, puede sintetizarse así:

¹²⁹ En el mismo sentido, POSADA MAYA, R., y HERNÁNDEZ BELTRÁN, H., Op. cit. Pág. 590.

¹³⁰ *“La tasación de la pena a partir del mínimo previsto por uno de los reatos y el incremento de dos meses de prisión por la ocurrencia de otras ilicitudes de la misma naturaleza, no desatiende el principio de legalidad de las penas establecido para el concurso homogéneo de reatos en el artículo 31 del código penal”*. CSJ. STP 6342- 2014. Rad. 73555

i. El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso, para de esta manera determinar cuál es, en el caso concreto, la que se considera “*la pena más grave*”¹³¹;

ii. La dosificación de la pena en el concurso de hechos punibles debe efectuarse a partir de la individualización que corresponda a cada uno de los delitos en concurso, con el fin de detectar cuál es la que resulta más grave, convirtiéndose ésta en la base que permite llevarla hasta el otro tanto¹³².

iii. Es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base en la construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales¹³³.

iv. Cuando concurren delitos cuyas penas mínimas y máximas difieren, la fijación de cuál es el que tiene establecida la sanción más grave no puede quedar reducida a la fórmula de seleccionar el de pena mínima más severa o el de mayor pena máxima. El problema se debe resolver dosificando la pena de cada hecho punible en el caso concreto conforme a los criterios de individualización del artículo 61 del C.P., y escogiendo como punto de partida el que resulte con la mayor sanción¹³⁴.

v. Al realizar la dosificación por el concurso delictual es obligatorio tener en cuenta ciertos parámetros que garantizan el principio de proporcionalidad y excluyen la arbitrariedad judicial, pero que en modo alguno impiden que se realicen incrementos por cada conducta concurrente. Por el contrario, es preciso

¹³¹ CSJ, SP. 6 Junio de 2012, Rad. 38353.

¹³² CSJ. SP 24 de abril de 2003, Rad. 18556.

¹³³ CSJ. SP del 7 de octubre de 1998, Rad. 10987; en el mismo sentido, CSJ SP del 19 de noviembre de 2003, Rad. 21.589; CSJ As del 11 de agosto de 2004, Rad. 20849; CSJ SP del 16 de abril de 2008, Rad. 25.304; CSJ AP del 28 de agosto de 2013, Rad. 39286, y CSJ AP1617 del 2 de abril de 2014, Rad. 42.683, entre otras.

¹³⁴ CSJ AP del 25 de mayo de 2016, Rad. 47.982.

individualizar cada una de las penas y luego sí observar los subsiguientes parámetros del artículo 31 del Código Penal¹³⁵.

Aunado a lo anterior, pareciera que esa es la solución plausible, al aplicar una interpretación sistemática, toda vez que el artículo 61 del C.P., fue denominado como los fundamentos para la individualización de la pena, criterios al cabo de los cuales se obtiene de manera motivada, la pena que para cada caso se corresponde, y por ende, cuando el artículo 31 ibídem hace referencia “a la pena más grave”, sin duda alguna, debe remitir a aquella, y no a otra.

No obstante, cuando concurren para efectos de determinación de la pena fenómenos postdelictuales, la solución no parece tan pacífica, como ocurre en la decisión radicado 41674 de 2015. Aunque este tema se desarrollará en el siguiente apartado, es necesario afirmar desde ya, que entendemos que los fenómenos postdelictuales no pueden incidir en la definición de la pena operativa.

6. Incidencia de los fenómenos postdelictuales en la determinación de la pena más grave en el concurso de conductas punibles.

Los fenómenos postdelictuales, a los que nos referimos ya al final del apartado 4, comportan rebajas de pena, que en los eventos de concurso de conductas punibles pueden resultar problemáticos, sin embargo, la tesis que defendemos es que tales rebajas solo pueden tener lugar una vez se ha establecido la pena final y como consecuencia de ello, esos descuentos punitivos no pueden tenerse en cuenta a efecto de determinar cuál es la pena más grave.

Es de aclarar, además, que el legislador ha establecido tratamientos diferentes en torno a las consecuencias para las acciones positivas posteriores al delito. Es el caso de la prohibición de descuentos que consagra el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, para los delitos de secuestro extorsivo, extorsión, y otros, donde se

¹³⁵ CSJ AP del 28 de agosto de 2013, Rad. 39.286.

eliminaron las rebajas de pena por aceptación de cargos, sentencia anticipada o preacuerdos; igual sucede para los delitos de homicidio o lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, según el artículo 199 Núm. 7° de la Ley 1098 de 2006; en el mismo sentido se tiene la restricción del párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, según el cual quien sea capturado en situación de flagrancia sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004; y artículo 5° de la Ley 1761 de 2015, en el que la rebaja en los delitos de feminicidio será de un medio de la contemplada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, entre otras tantas leyes limitativas del acceso a rebajas o descuentos de pena por fenómenos postdelictuales.

A lo anterior se debe sumar la reciente posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que optó por negar la aplicación del principio de favorabilidad del artículo 539 del C. de P.P. adicionado por el artículo 16 de la Ley 1826 de 2017¹³⁶, que contempla rebajas de hasta el 50% para la aceptación de cargos incluyendo los casos de flagrancia, indicando que sólo resulta procedente para las conductas punibles enlistadas en el artículo 534 procesal¹³⁷, negando que sus efectos benéficos irradiaran la restricción prevista en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004.

Siguiendo el hilo conductor de este escrito, una vez caracterizada la teoría de la determinación judicial de la pena, vistos los fines de la pena, y su influencia para el entendimiento de los fenómenos postdelictuales, resulta necesario afirmar que

¹³⁶ Procedimiento Especial Abreviado y Acusación Privada.

¹³⁷ CSJ AP del 5 de diciembre de 2018, Rad. 52535. *“La razonable hermenéutica que determina la Sala, lejos está de contender con los postulados constitucionales y legales de favorabilidad y de igualdad ante la ley, o con los criterios “pro-libertatis” y “pro-homine”, que según enseña la jurisprudencia constitucional, se derivan de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano pues, como ha quedado demostrado, las normas coexistentes, esto es, la Ley 1826 de 2017 y el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 2004, no regulan supuestos de hechos idénticos, salvo por referirse a la captura en situación de flagrancia, pues la nueva ley se circunscribe a un listado expreso de “conductas punibles de menor lesividad”, en tanto que el artículo 57 de la Ley 1453, que superó, por demás, el tamiz de constitucionalidad sobre el trato diferenciado de las rebajas de pena por aceptación de cargos si el procesado fue retenido en flagrancia, aplica por regla general, para todos los delitos”.*

estos últimos no pueden tener incidencia en la determinación de la pena más grave en las hipótesis de concurso de conductas punibles, incluso si ellas son objeto de las anteriores prohibiciones o limitaciones. Las razones que nos llevan a sostener esa tesis se explicaran a continuación.

En la previsión normativa del artículo 61 del C.P., no existe ningún inciso adicional o párrafo, según el cual, para la obtención de la pena más grave en el concurso de conductas punibles, se deben hacer los respectivos descuentos que por acciones positivas posteriores al delito se llegaren a presentar en el caso concreto, luego, no se puede por parte del intérprete, incorporar una cláusula innominada, que por demás conduciría a una aplicación *in malam partem* del referido precepto, cuando, como ya se sostuvo en acápite anterior, la pena más grave a la que se hace alusión, es aquella que arroja el proceso dosimétrico por el hecho cometido, la cual finalmente, es la que contempla la magnitud de reacción proporcionada ante la afrenta a bienes jurídicos.

No es posible entender, a través de una cláusula innominada, carente de referencia dogmática o interpretativa, que los fenómenos postdelictuales, forman parte del procedimiento de determinación judicial de la pena, cuando ellos están llamados a operar, por las razones ya expuestas, una vez se ha obtenido la pena final.

Las consideraciones dogmáticas que hasta el momento se han expresado, así como la teoría de la determinación de la pena que se ha señalado como apropiada para la interpretación del modelo legal colombiano, permiten concluir que le corresponde al juez asumir la tarea de imponer la pena adecuada a la culpabilidad, que no es otra que aquella que resulta del procedimiento establecido en el artículo 61 del C.P. Por tanto, al no guardar ninguna relación las rebajas de pena por fenómenos postdelictuales con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o los grados de participación, en nada puede variar el juicio de responsabilidad penal y como tal solo puede afectar la pena una vez ha sido individualizada.

Si la interpretación propuesta para la determinación judicial de la pena, busca establecer un equilibrio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción, satisfaciendo además los presupuestos retribucionistas y utilitaristas o preventivos, resulta insostenible que una acción positiva posterior que nada dice sobre el hecho, pueda incidir legítimamente en la determinación de la pena más grave.

Además, que de defenderse lo contrario a lo aquí planteado, el mensaje preventivo general que se emitiría, sería inverso al que se pretende con las acciones positivas del procesado posteriores al delito, por lo que en vez de mandar un mensaje de confirmación de la fuerza del Derecho y su capacidad coactiva de imponerse frente al infractor, y del buen ejemplo que supone ante los ojos de la comunidad por el regreso voluntario del culpable a la legalidad, se proyectaría el mensaje del terror penal, que provocaría desestimular en lugar de incentivar, esas acciones positivas, pero además desde el punto de vista preventivo especial, en su faz positiva, se impone una pena que más que socializar al condenado, llevaría a su desocialización, ante el uso de una pena desproporcionada e innecesaria de cara a sus cometidos.

De considerarse que el fenómeno postdelictual forma parte del criterio para identificar la pena más grave, el Estado como detentador del poder punitivo estaría defraudando las expectativas compensatorias del infractor, pues si por ejemplo, se ve sometido a una sanción por conductas dentro de las cuales algunas comportan rebajas por fenómenos postdelictuales y otras no, pese a que las primeras sean las que contemplan la pena más grave, desde ese criterio, el juez haría las rebajas correspondientes a los delitos que lo permitan y entendería que la pena más grave para efectos de la determinación, no es la que fue objeto de rebaja por el fenómeno postdelictual, sino la que no comportó rebaja alguna, pese a que determinada la pena no era la más grave. Los coasociados no tienen por qué cargar con el costo nocivo de la incoherencia legislativa y menos aún tienen por

qué soportar una interpretación extensiva, que se insiste está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

Las posturas descritas en los párrafos anteriores se han visto reflejadas en las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Una de ellas, coincide con la postura mantenida en este trabajo, y es la Sentencia radicado de radicado 35361 de 2011 y la que defiende una tesis opuesta, que se señaló ya en el apartado 4, es la Sentencia de radicado 41674 de 2015.

En la primera providencia mencionada, se describen los hechos del 1º de febrero de 2010: cuatro personas irrumpieron en un establecimiento comercial, portando armas de fuego y una granada de fragmentación, despojando de dinero en efectivo a los propietarios del establecimiento. Esos hechos fueron calificados en los tipos penales de hurto calificado y agravado, porte de armas de fuego de defensa personal, y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares o explosivos. En el trámite procesal mediante el cual se realizó un preacuerdo, se pactó la pena de 7 años y 9 meses de prisión, términos en los que se dictó la sentencia de primera instancia y se confirmó por el Tribunal Superior.

No obstante lo anterior, la defensa presentó demanda de casación, al considerar que tanto el fiscal, como los juzgadores interpretaron erróneamente el artículo 31 del C.P., al aplicar *ex ante*, en el proceso de individualización de la pena, el fenómeno postdelictual de la reparación, teniendo como pena más grave la prevista para el delito de porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, casó parcialmente el fallo, redosificó la pena, e impuso la de 4 años, 9 meses y 8 días de prisión. En ese proceso de determinación judicial de la pena, concluyó que el fenómeno positivo posterior al delito, no se podía tener en cuenta para la identificación de la pena más grave, y por tanto, tuvo como pena operativa la del hurto calificado y agravado, explicando lo siguiente:

El artículo 31 del Código Penal que guarda relación con del principio de legalidad previsto en el artículo 6º ejusdem, establece que en el concurso de conductas punibles, la pena se determina a partir del delito que consagre la más “grave según su naturaleza”.

En el ejercicio de su determinación, es necesario que el juez inicialmente mediante la comparación de las penas previstas para cada uno de los delitos concurrentes, establezca en abstracto cuál de ellas es la que prevé una mayor penalidad, teniendo en cuenta las circunstancias modificatorias de los límites mínimos y máximos en el proceso de su individualización, con sujeción a las reglas señaladas en el artículo 61 del Código Penal.

Los fenómenos postdelictuales como comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito, por no guardar ninguna relación con la modalidad de la conducta punible, no son factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada en concreto.

La Sala ha sostenido, que son fenómenos postdelictuales la confesión en los casos tramitados por la ley 600 de 2000, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, el reintegro, la cesación del mal uso o la reparación de los dañado en el peculado, la retractación en el falso testimonio, la presentación voluntaria después de la fuga, entre otros, de manera que la disminución de la pena en las proporciones previstas para cada uno de los citados eventos, incide en la pena concreta y no en la determinación de los extremos en abstracto.

Bajo los presupuestos anteriores, el actor tiene razón cuando señala que el Tribunal violó la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 31 del Código Penal, porque indebidamente al igual que el a quo, tuvo en cuenta el fenómeno postdelictual de la reparación a las víctimas, artículo 269 del mismo estatuto, para determinar el delito base en el concurso de conductas punibles, cuando su deber era corregir el error y ajustar la pena a la legalidad¹³⁸.

Pero en una indebida aplicación del precedente, los Juzgados y Tribunales¹³⁹, han considerado la anterior decisión, como fractura inesperada de la jurisprudencia¹⁴⁰, haciendo eco de las decisiones que trataban el tema de la dosificación del concurso de conductas punibles¹⁴¹, que como se advierte, nada tiene que ver con

¹³⁸ CSJ, SP del 2 de noviembre de 2011, Rad. 35.361.

¹³⁹ TSM, sentencia del 30 de abril de 2010, Rad. 050016000206201000129; sentencia del 17 de agosto de 2012, Rad. 05001600020600281; entre otras.

¹⁴⁰ TSM, sentencia del 24 de febrero de 2016, Rad. 050016000000201500585.

¹⁴¹ CSJ, SP del 9 de junio de 2004, Rad. 20.134: “Ya es doctrina de la Corte señalar que en casos de concurso de conductas punibles, la fijación de la pena más grave no está fatídicamente atada a la previsión legal, sino que es el resultado de la individualización de la consecuencia punitiva que a cada uno de los comportamientos en concurso le corresponde, porque bien puede ocurrir que una conducta con mínimo inferior al señalado para otra que con ella concurre, resulte sancionada con mayor severidad habida cuenta de

la incidencia que en la pena más grave puede tener los fenómenos posterior al delito, en tanto que se trata de una posición jurisprudencial tendiente a explicar que no siempre los extremos punitivos son los indicadores adecuados para a priori determinar cuál es la pena más grave, sino que se debe hacer el proceso dosimétrico, establecer los cuartos de movilidad y verificar cuales criterios de ponderación concurren en uno y otro caso, de ahí que la jurisprudencia citada haga referencia a “sus particularidades ejecutivas” que distan mucho de las situaciones posteriores.

Precisamente en una providencia del Tribunal Superior del Medellín, del 30 de abril de 2010¹⁴², hay salvamento de voto, en el que se concluye que:

Es claro que la figura del allanamiento a cargos, por ser un fenómeno postdelictual, no se debe tener en cuenta al momento de determinar el delito más grave a efectos de establecer la pena imponible para el concurso de conductas punibles.

Otra, ha sido la línea jurisprudencial por fenómenos postdelictuales, cuyo problema se ha planteado en el sentido de dar entendimiento del lugar en el que deben operar, estableciendo, que al no guardar ninguna relación con la modalidad de la conducta punible, en sus juicios de desvalor de acción, resultado o de autor, no son factores modificadores de los extremos punitivos sino de la pena una vez individualizada, e incluso, no se corresponden con ninguno de los criterios de individualización de la pena previsto en el inciso 3º del artículo 61 del C.P.¹⁴³

Como se advierte, ninguno de los anteriores criterios jurisprudenciales, pueden ser considerados verdaderos precedentes, en tanto en los fallos, en los que estos se incorporan, no se comprenden el problema jurídico planteado, cual es la incidencia de los fenómenos postdelictuales para la determinación de la pena más grave en

sus particularidades ejecutivas (...)”; postura que coincide con las sentencias, SP del 7 de octubre de 1998, Rad. 10.987; SP del 24 de abril de 2003, Rad. 18.856; AP del 28 de agosto de 2013, Rad. 39.286; AP del 24 de septiembre de 2014, Rad. 43.439; entre otras.

¹⁴² TSM, Sentencia del 24 de febrero de 2016, Rad. 050016000000201500585.

¹⁴³ AP del 24 de abril de 2003, Rad. 18.856; AP del 26 de abril de 2006, Rad. 25.741; AP del 29 de junio de 2008, Rad. 29788; AP del 14 de octubre de 2009, Rad. 32.541; SP del 3 de diciembre de 2009, Rad. 31.810; SP del 26 de junio de 2013, Rad. 40.234, entre otras.

el concurso de conductas punibles. Por lo que se puede diagnosticar que la jurisprudencia se utiliza con criterio de autoridad meramente retórico¹⁴⁴, al pretender interrelacionar situaciones jurídicas que, por encontrarse en el mismo escenario de la determinación judicial de la pena, se confunden por una mera apariencia de similitud, pero que en el fondo son dos constelaciones que en etapas diferentes forman parte del mismo universo.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia plantea una decisión antagónica a su propia postura y a la tesis que aquí se defiende. Esta providencia, con radicado 41674 de 2015, tiene siguiente presupuesto: una persona fue condenada por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, homicidio agravado en grado de tentativa, secuestro simple agravado, secuestro extorsivo agravado, hurto calificado y agravado, concierto para delinquir y porte de arma de fuego, se le impuso la pena de 60 años de prisión, decisión confirmada en segunda instancia. La Corte en sede de revisión, accede a ajustar la pena impuesta, eliminando el incremento punitivo del artículo 14 la ley 890 de 2004, para los delitos excluidos de rebaja de pena por terminación anticipada, procediendo a dosificar cada una de las penas, afectando a cada una con el porcentaje que le corresponde de rebaja por el fenómeno postdelictual para las que procedía y determinó que la pena más grave era la del secuestro extorsivo agravado, a la que no se le aplicó rebaja por estar excluido, incrementándola posteriormente en relación a los otros. La determinación de la pena se hizo de la siguiente manera, la que se cita en extenso para dar claridad sobre la forma de proceder del alto Tribunal:

Así, por el delito de secuestro simple agravado se fija la pena de 324 meses de prisión, que equivale a 27 años, y multa de 1.362,49 salarios mínimos legales mensuales vigentes que corresponde al máximo del primer cuarto.

Por el delito de secuestro extorsivo agravado se impone la pena de 366 meses y 9 días de prisión, equivalente a 30 años, seis meses y 9 días, y multa de 16.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹⁴⁴ LÓPEZ MEDINA, D., El Derecho de los Jueces, Editorial LEGIS, segunda edición, Pág. 117: “Este tipo de autoridad espuria se presenta en aquellas sentencias en las que abundan extractos de jurisprudencia sobre muchos temas que no influyen directamente en la resolución final del caso y en los que no existe una conexión analógica o conceptual clara entre el precedente invocado y el caso sub examine”.

Por el delito de hurto calificado y agravado la pena de prisión de 192 meses, que corresponde a 16 años.

Por el delito de concierto para delinquir simple: 5 años de prisión.

Por el delito de homicidio agravado 444 meses que corresponden a 37 años de prisión.

Por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa: 252 meses que equivalen a 21 años de prisión, y

Por la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego 5 años de prisión.

Como el procesado se allanó a los cargos en la audiencia de formulación de imputación, las penas señaladas para los delitos de homicidio agravado, homicidio agravado en grado de tentativa, secuestro simple agravado, hurto calificado y agravado, concierto para delinquir, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, respecto de los cuales no existe prohibición legal alguna, se reducirán en un 50% como lo consideraron los jueces de instancia.

Por ello, las penas de prisión para cada uno de los delitos son las siguientes: homicidio agravado 18,5 años; homicidio agravado en grado de tentativa 10.5 años; hurto calificado y agravado 8 años; fabricación, tráfico y porte de armas de fuego 2.5 años, concierto para delinquir 2.5 años y secuestro simple agravado 13.5 años y 681,245 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

Visto lo anterior, es evidente que la pena más grave, una vez individualizadas las correspondientes a cada uno de los delitos que intervienen en el concurso¹⁴⁵, es la del secuestro extorsivo agravado (artículos 169 y 170 del Código Penal)¹⁴⁶.

Como se advierte, en esa interpretación, sin argumento dogmático, lógico o empírico, en la que ni siquiera se indicaron las razones por las cuales se decide en forma distinta al precedente anterior, se estableció que la pena más grave para los efectos del concurso de conductas punibles, era aquella que resultare tras aplicar las reducciones de pena por allanamiento a cargos, postura que no podemos compartir desde ningún punto de vista.

En el proceso de determinación de la pena empleado en la sentencia, la conducta que finalmente obtuvo una mayor reacción punitiva fue la del homicidio agravado, sin embargo, una vez se realizó la atemperación por el allanamiento a cargos, se consideró que lo era la del secuestro extorsivo agravado respecto del cual no procedía la rebaja de pena por el fenómeno postdelictual por prohibición legal.

¹⁴⁵ Cfr. CSJ SP 15 de mayo de 2003, Rad. 15.619.

¹⁴⁶ CSJ. SP del 26 de agosto de 2015, Rad. 41.674.

La primera crítica que se debe plantear es que, pese a la coherencia de la respuesta punitiva por la conducta reprochada, de acuerdo al principio de proporcionalidad en relación directa con el bien jurídico tutelado, se termina considerando como pena más alta la establecida para la protección a la libertad individual por encima del derecho a la vida.

Ese punto de partida en principio podría tener sus dificultades de cara a la imponderabilidad de los derechos en juego, ambos de sustrato personalísimo, que podría justificar el proceder en la determinación de la sanción penal, pero termina creando una subregla poco alentadora para los fines que justifican las conductas positivas posteriores al delito, con los costos que implican la imposición de una pena sobrevalorada en relación a la conducta cometida, lo cual, lastimosamente sucede a menudo, si se tiene en cuenta la irracionalidad legislativa para la conminación de las consecuencias jurídicas¹⁴⁷, donde fácilmente una conducta de porte de armas agravado, delito de peligro contra un bien jurídico colectivo, puede tener una pena mayor al homicidio, delito de resultado contra un bien jurídico personalísimo¹⁴⁸.

La segunda objeción a la tesis planteada en la Sentencia¹⁴⁹, es que, no se tiene en cuenta para los efectos del concurso de conductas punibles, la pena base u operativa producto de la determinación judicial de la pena, sino que a través de una cláusula inexistente en el artículo 61 del C.P., y por eso la llamo cláusula innominada, se considera sin motivación alguna, que la pena más grave es la que resulta tras hacer los descuentos punitivos de fenómenos que como se dijo ya, no guardan ninguna relación con el injusto culpable.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, L., Op. Cit. Pág. 402: "(...) desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena previstas para un delito es más severa que la prevista para el otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo".

¹⁴⁸ El porte de armas agravado contempla una pena mínima de 22 años de prisión -artículo 365 del C.P.-, en tanto que el homicidio simple lo es de 17 años más 4 meses de prisión -artículo 103 del C.P.-.

¹⁴⁹ CSJ, SP del 26 de agosto de 2015, Rad. 41674.

La tercera replica radica en que, si la justificación para la atemperación de la pena por fenómenos postdelictuales, esto es, por situaciones ajenas al injusto y a la culpabilidad, es por la menor necesidad de pena, desde los fines que la orientan, no se encuentra razonabilidad en la decisión que se cuestiona, si en cuenta se tiene que, en nuestro ordenamiento jurídico, de por sí las penas ya son altas. Por ejemplo, en el caso fallado en la Sentencia del 26 de agosto de 2015 radicado 41674, la pena más grave de acuerdo a la culpabilidad, era de 444 meses de prisión, lo que equivale a 37 años de prisión, y por la reducción de la pena quedó en 222 meses equivalente a 18 años más 6 meses de prisión, como pena base y operativa, respecto de la cual se pueden hacer los incrementos punitivos por el concurso de conductas punibles, pudiendo llegar incluso a la pena de 37 años en caso que de considerarse necesario.

En consecuencia en el mencionado caso resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuestión que además puede sostenerse con carácter general, se cumple con el fin retributivo, y los fines preventivos tanto generales como positivos, no queda ninguna conducta impune, porque de acuerdo al sistema de punición, la pena operativa se incrementa por las conductas concurrentes, lo que significa que la solución que se propone, no justifica la impunidad, sino por el contrario, la racionalización de la sanción, guiado por el principio de necesidad.

La falta de argumentación dogmática para el desarrollo del tema, se presenta incluso en la doctrina nacional, donde por ejemplo SARAY BOTERO sostiene que la pena más grave, es la que se obtiene luego del proceso de determinación de todos los delitos concurrentes con todas las rebajas que correspondan para cada uno de ellos, si legalmente es procedente, obteniendo como resultado un número, siendo el número más alto comparativamente con los demás números que se obtienen por los otros delitos concurrente¹⁵⁰, afirmando además que la decisión con radicado 35361, es una “inesperada y extravagante” ruptura de la línea jurisprudencial.

¹⁵⁰ SARAY BOTERO, N., Dosificación Judicial de la Pena, 3ª edición, Leyer 2015, Pág. 512.

Para entender por qué el anterior autor arriba a esa tesis, resulta necesario mencionar que él se ciñe única y exclusivamente a enfoques jurisprudenciales, sin ningún apoyo dogmático, e incurriendo en el error de considerar precedente jurisprudencial, las sentencias donde el problema jurídico que se discutía consistía en determinar el momento de aplicación de las atenuaciones por fenómenos postdelictivos, más no, si éstos privilegios punitivos tenían incidencia para la determinación de la pena más grave en las hipótesis de concurso de conducta punibles.

Con los temas desarrollados a lo largo de este trabajo, lo que se ha pretendido, es presentar una interpretación plausible de la forma como debe hacerse la individualización judicial de las sanciones en términos generales y en particular la interpretación del artículo 31 del C.P. en armonía con el artículo 61 del C.P., desde la perspectiva que ofrece la dogmática de la determinación judicial de la pena. Se es consciente que este es el comienzo de una reflexión sobre un tema crucial, el cual, como ya se anunció al inicio de estas líneas, no ha logrado la atención que requiere si se atiende a que la decisión judicial que atañe a él representa una importante injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

7. Conclusiones

El artículo 61 del C.P. establece los fundamentos de la determinación de la pena, una interpretación dogmática de dicha norma, puede hacerse desde la teoría de espacio de juego mixta conjugada con la del valor del empleo, por ser estas las que se adecuan de mejor manera al esquema empleado por el legislador, para dotar al juez de herramientas racionales para la individualización de la pena, limitando así el campo de arbitrio judicial y facilitando la labor de motivación cuantitativa y cualitativa de la pena, según lo dispone el artículo 59 del C.P.

La adopción de dichas teorías como criterio de interpretación permite racionalizar la pena que se impone, para que la misma sea la proporcionada frente al injusto

culpable realizado por el agente, consultando los fines de la pena, sin perder de vista que no siempre la pena más alta es la que los satisface. Desafortunadamente, parece que el criterio de mayor drasticidad punitiva es el que marca, en nuestro sistema, las pautas de las decisiones jurídico-penales en los diferentes niveles.

El artículo 31 del C.P., debe ser interpretado armónica y sistemáticamente con el artículo 61 ibídem, para de esta manera comprender, que la pena más grave a la que esta disposición se refiere es aquella, que resulte del procedimiento preestablecido, sin que sea posible hacerle agregados que la norma no contempla. Por ello, se debe entender que el criterio de gravedad se establece a través de la comparación cuantitativa de la cifra final arrojada para la individualización de cada una de las conductas concurrentes, sin incidencia de los fenómenos postdelictuales.

Los fenómenos postdelictuales, al no corresponderse con las circunstancias de ejecución de la conducta punible, ni tener relación con los juicios de tipicidad, antijuridicidad ni culpabilidad, no tienen la capacidad de incidir en la definición de la pena más grave en el evento de concurso de conductas punibles.

Lo acá expuesto, si bien está destinado a la determinación judicial de la pena, en busca de una efectiva motivación cuantitativa y cualitativa de la sanción, no es óbice, para que también pueda ser aplicado por los Fiscales al momento de realizar los preacuerdos; con ello se dotarían de herramientas útiles para fijar la respuesta punitiva de conformidad a parámetros racionales, los cuales los alejarían de la arbitrariedad que parece campear cuando se trata de preacuerdos y negociaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, M., El concurso ideal de delitos, Editorial de la Universidad de Granada, 2007.
- ARIAS HOLGUÍN, D., Proporcionalidad, pena y principio de legalidad, Revista de Derecho No. 38, 2012.
- BECCARIA, C., De los delitos y de las penas, estudio preliminar y notas por Nodier Agudelo, Ediciones Nuevo Foro 2014.
- BERNAL ACEVEDO, G., Derecho penal general concepto, justificación, límites y esquemas del delito, Editorial Ibáñez 2016.
- BERNAL PULIDO, C., El Derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., y HORMAZÁBAL MALAREÉ, H., Nuevo sistema de derecho penal, Editorial Trotta 2004.
- CATAÑO VALLEJO, R., El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial, análisis de las sentencias 36502 de 2011 y 38285 de 2012 de la Corte Suprema Justicia y la sentencia C-645 de 2012, en Nuevo Foro Penal, Vol. 9., No. 80, Universidad EAFIT 2013.
- CHICHIZOLA, M., La individualización de la pena, Abeledo-Perrot 1967.
- DEMETRIO CRESPO, E. Prevención general e individualización judicial de la pena, Editorial BdeF 2016.
- DÍEZ, L., Justicia criminal consensuada, servicio de publicaciones Universidad de Cádiz,, Tirant lo Blanch 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J., De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, Revista electrónica de ciencias penales y criminología, RECPC 07-01 2005.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Derecho penal general tomo I y II, Editorial Ibáñez 2012.
- FERRAJOLI, L., Derechos y Garantías, La ley del más débil, Editorial Trotta, 3ª edición 2002.

- FERRAJOLI, L., Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, 8ª Edición 2006.
- FERRAJOLI, L., El paradigma garantista, Filosofía crítica del derecho penal, Editorial Trotta 2018.
- FERRÉ, J., NÚÑEZ, M., y RAMÍREZ, P., Derecho penal colombiano parte general, principios fundamentales y sistema, Editorial Ibáñez 2010.
- FERRÉ, J., El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, RECPC 20-06 (2018)
- FREUND, G., La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema, en hechos postdelictivos y sistema de individualización, Simposio interuniversitario Europeo San Sebastián 2006.
- GARRO CARRERA, E., La atenuante de confesión: discusión sobre su fundamento, en hechos postdelictivos y sistema de individualización, Simposio interuniversitario Europeo San Sebastián 2006.
- HASSEMER, W., Rasgos y crisis del derecho penal moderno, conferencia realizada en UAB 1991.
- HIRSCH, A., El concepto de bien jurídico y el principio del daño, en la Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons 2016.
- JAÉN VALLEJO, M., Derechos fundamentales del proceso penal, Ediciones Jurídicas Ibáñez 2006.
- JAKOBS, G., Sobre la teoría de la pena, cuadernos de conferencias y artículos No. 16, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, G., Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Thomson-Civitas, 1ª Edición 2005.
- JIMÉNEZ GARCÍA, A., ¿En Colombia se respeta el principio Non Bis IN Ídem?, Revista Principia Iuris, julio – diciembre 2015, Vol. 12, No. 24.
- LÓPEZ, D., El derecho de los jueces, Editorial Legis, 2ª Edición 2006.

- LOPERA MESA, G., y ARIAS HOLGUÍN, D., Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010.
- MENDES DE CARVALHO, E., Comportamiento postdelictivo y fines de la pena, ARA Editores 2008.
- MIR PUIG, S., Manual de derecho penal parte general, 5ª Edición, 2003.
- MOLINA LÓPEZ, R., Justicia retributiva, justicia premial, justicia restaurativa y justicia transicional: ¿Diferentes verdades en el proceso penal?, en perspectivas y retos del proceso penal; Universidad Pontificia Bolivariana 2015.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., Derecho penal general, Tirant lo Blanch 7ª Edición 2007.
- PÉREZ BEDOYA, O., Manual para la dosificación de la pena, Editorial Universidad Santiago de Cali, 2007.
- POSADA, R., y HERNÁNDEZ, H., El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano, Biblioteca Jurídica DIKE, 1ª Edición 2001.
- POSADA, R., El delito continuado, Universidad de Salamanca 2010.
- PRIETO SANCHÍS, L., Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico, en Nuevo Foro Penal No. 65, Universidad EAFIT 2003.
- ROXIN, C., Culpabilidad y prevención en derecho penal, Editorial Reus 1981.
- ROXIN, C., Derecho penal parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Civitas 1997.
- ROXIN, C., El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, RECPC 15-01 (2013).
- SALAZAR MARÍN, M., Teoría del delito, Editorial Ibáñez 2014.
- SARAY, N., Dosificación Judicial de la pena, LEYER 2015.

- SOTOMAYOR ACOSTA, J., Las recientes reformas penales en Colombia, un ejemplo de irracionalidad legislativa, en Nuevo Foro Penal No. 71, Universidad EAFIT 2007.
- SOTOMAYOR ACOSTA, J., ¿El derecho penal garantista en retirada?, Revista Penal No. 21, 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J., Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución, en hechos postdelictivos y sistema de individualización, Simposio interuniversitario Europeo San Sebastián 2006.
- VELÁSQUEZ, F., Manual de derecho penal parte general, Temis 2002.
- VELÁSQUEZ, F., Fundamentos de derecho penal parte general, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 1ª Edición 2017.
- VELÁSQUEZ, F., Los delitos continuados y masa, Universidad Pontificia Bolivariana 2008.
- ZIFFER, P., Lineamientos de la determinación de la pena, Editorial Ad- Hoc 2013.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional, C-038 de 1995.
- Corte Constitucional, C-939 de 2001.
- Corte Constitucional, C-279 de 2013.
- Corte Constitucional, C-108 de 2017.
- CSJ. Rad. 10.987 de 1998.
- CSJ. Rad. 18.856 de 2003.
- CSJ. Rad. 20.134 de 2004.
- CSJ. Rad. 25.741 de 2006.
- CSJ. Rad. 29.788 de 2008.
- CSJ. Rad. 32.541 de 2009.
- CSJ. Rad. 31.810 de 2009.
- CSJ. Rad. 35.361 de 2011.
- CSJ. Rad. 38.353 de 2012

- CSJ. Rad. 40.234 de 2013.
- CSJ, Rad. 39.286 de 2013.
- CSJ. Rad. 43.439 de 2014.
- CSJ. Rad. 41.350 de 2014.
- CSJ. Rad. 42.623 de 2014.
- CSJ. Rad. 73.555 de 2014.
- CSJ. Rad. 42.683 de 2014.
- CSJ. Rad. 41.674 de 2015.
- CSJ. Rad. 47489 de 2018
- CSJ. Rad. 52535 de 2018.
- TSM. Sentencia del 30 de abril de 2010 Rad. 050016000206201000129.
- TSM. Sentencia del 17 de agosto de 2012, Rad. 05001600020600281.
- TSM. Sentencia del 24 de febrero de 2016, Rad. 050016000000201500585.