

opción

Revista de Antropología, Ciencias de la Comunicación y de la Información, Filosofía,
Linguística y Semiótica, Problemas del Desarrollo, la Ciencia y la Tecnología

Año 35, 2019, Especial N°

25

Revista de Ciencias Humanas y Sociales

ISSN 1012-1587/ ISSN-e: 2477-9385

Depósito Legal pp 193402ZU45



Universidad del Zulia
Facultad Experimental de Ciencias
Departamento de Ciencias Humanas
Maracaibo - Venezuela

opción

Revista de Ciencias Humanas y Sociales

© 2019. Universidad del Zulia

ISSN 1012-1587/ ISSNe: 2477-9385

Depósito legal pp. 198402ZU45

Portada: De Cabimas a Maracaibo enamorado

Artista: Rodrigo Pirela

Medidas: 100 x 60 cm

Técnica: Mixta sobre tela

Año: 2010

Dosificación punitiva y “pena única” en la legislación colombiana

Eduardo Alonso Flórez Aristizabal

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4409-1349>
eduardo.florez@upb.edu.co

Universidad Pontificia Bolivariana Montería,
Universidad de Medellín, Colombia

Carlos Alberto Mojica Araque

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0391-015X>
camojica@udem.edu.co
Universidad de Medellín, Colombia

Resumen

El presente artículo analiza el “método de dosimetría penal” o “sistema de tasación de pena”, que rige en la legislación colombiana, permitiendo exponer el fenómeno denominado “pena fija o única” cuya naturaleza es contraria a los principios que fundamentan dicho sistema, pero que sin embargo, por una incongruencia legislativa - denominada así por la Corte Constitucional - tiene aplicación en nuestro régimen penal, dejando en evidencia la improvisación, desconocimiento y falta de técnica legislativa que ha imperado durante muchos años en la implementación y puesta en marcha de una política criminal que rija y oriente el ordenamiento jurídico-penal Colombiano.

Palabras clave: Dosimetría Penal, Tasación Pena, Sistema Cuartos, Penas Irregulares, Pena Única.

Punitive dosage And "single penalty" in colombian legislation

Abstract

This article analyzes the "criminal dosimetry method" or "penalty appraisal system", which governs Colombian legislation, allowing to expose the phenomenon called "fixed or single penalty" whose nature is contrary to the principles underlying this system, but that nevertheless, due to a legislative inconsistency - named by the

Constitutional Court – it's application in our criminal regime, revealing the improvisation, ignorance and lack of legislative technique that has prevailed for many years in the implementation and implementation of a criminal policy that governs and guides the Colombian legal-criminal system

Keywords: Criminal Dosimetry, Penalty Valuation, Quarter System, Irregular Penalties, Single Penalty.

I. INTRODUCCIÓN

La dosimetría penal, resulta ser el aspecto de mayor trascendencia en una sentencia condenatoria, en el entendido de que con la sanción no solo se le responde al infractor de la ley penal, sino que se le cumple a toda la sociedad que espera una reacción adecuada por parte del Estado en contra de quienes lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. A pesar de su importancia, al parecer de la Corte Suprema de Justicia en Colombia, “es el aspecto menos atendido en la práctica judicial.”

“(…) [E]s el aspecto menos atendido en la práctica judicial (..) es innegable que la individualización de la pena constituye uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación de la ley penal, pues de ella depende en buena parte el cabal cumplimiento de la función que el derecho penal cumple en una organización social. Sin embargo, hay que reconocerlo dolorosamente, es el aspecto menos atendido en la práctica judicial, resultando en la mayoría de las veces inequitativa la imposición de la pena, ya por exceso ora por defecto, con la consiguiente falta de credibilidad social en el aparato represivo del Estado, además del desconocimiento del fin retributivo que a aquélla le asignó el legislador (Corte Suprema de Justicia 1994)”

Si bien es cierto, el fin del proceso penal es establecer la responsabilidad del procesado en la comisión de la conducta punible, de acuerdo con unos principios y fundamentos teóricos que orientan y garantizan la vigencia de un orden justo, no es menos cierto que el quantum de la pena que finalmente se impone al condenado, es en últimas el reflejo y la materialización de la política criminal del Estado.

En la Legislación colombiana, la metodología, la rigurosidad y la taxatividad de criterios para la concreción de las penas, además de brindar una seguridad jurídica y garantizar el ejercicio del derecho a la defensa, contribuyen activamente con la eficacia y eficiencia del sistema de enjuiciamiento penal - sistema acusatorio -, toda vez que gracias a la posibilidad de ajustar el monto de la sanción teniendo en cuenta instituciones como el allanamiento a cargos, los preacuerdos, el principio de oportunidad, la indemnización de perjuicios etc., el número de proceso que finalmente llegan a la instancia del juicio oral, y que implican un desgaste del aparato judicial, es notablemente inferior a los procesos que se terminan de manera anticipada, precisamente por el incentivo que tiene el infractor de obtener una pena menor.

Como resultado de un trabajo de investigación en torno al sistema de dosificación punitiva adoptado por la legislación colombiana, se logró estructurar el presente artículo, con el fin de ofrecer un documento de consulta y una herramienta útil para las partes que intervienen en el proceso penal, entendiendo que la dosificación de la pena irradia los intereses de todos ellos,

principalmente los del acusado, para quien el conocimiento de los fundamentos y requisitos legales para la tasación de la pena (BOTERO Saray, N. 2011), constituyen la verdadera garantía para el ejercicio de su derecho a la defensa y del contradictorio, en cuanto a la imposición de la pena se refiere.

II. METODOLOGIA

Para este estudio se partió del método documental, toda vez que se hizo una exhaustiva revisión de material bibliográfico existente con respecto a los temas tratados en el mismo (VILLALOBOS, RAMÍREZ y DÍAZ CID, 2019).

Por otro lado, se visitó bibliotecas, hemerotecas y centros de documentación e información, se hizo evaluación de la información teórica y empírica existente sobre los temas tratados (DÍAZ CID, et al 2018) levantándose un estado del arte, por medio de un proceso de recolección, selección, análisis y presentación de resultados involucrando elementos cognitivos complejos, para lograr finalmente la construcción de conocimiento (DÍAZ CID, 2016).

III. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha sido constante en reafirmar la potestad de configuración del Legislador en materia penal (Corte Constitucional 2002), reafirmando que es a él a quien corresponde establecer la política criminal del Estado y en este

sentido es a él a quien la Constitución le confiere la competencia para determinar cuáles conductas tendrán el carácter de delitos y cual deberá ser su sanción.

En desarrollo de sus atribuciones legislativas, y orientado por una política criminal y penitenciaria previamente establecida, al parlamento colombiano le corresponde establecer cuáles conductas deben ser tipificadas como delitos y cuáles serán sus sanciones, máximas y mínimas, además, le corresponde crear las estrategias y mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestimulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad (Corte Constitucional 2002)

“El derecho moderno está formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y garantes de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de resoluciones cambiables de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho” (CÁRDENAS RIVERA, 2003; VILLALOBOS, GUERRERO y ROMERO, 2019; VILLALOBOS ANTÚNEZ, 2001)

De acuerdo con la dinámica y los objetivos plantados en la elaboración del presente artículo, se da inicio a la exposición dejando de presente que, por regla general, las conductas punibles contenidos en el Código Penal Colombiano no señalan, en su redacción, una sanción o una pena concreta o individualizada para el infractor que incurra en ellas. El legislador colombiano se limitó a señalar unos parámetros o límites mínimos y máximos dentro de los cuales el Juzgador debe concretar o individualizar la pena, teniendo en cuenta una serie de criterios establecidos en otras disposiciones del mismo Código.

Es así que encontramos la descripción típica de los delitos como, por ejemplo, el Homicidio, artículo 103 del C.P. (Código Penal Colombiano 2000) , que señala una pena de prisión de 208 meses a 450 meses; el Acceso Carnal Violento, artículo 205 C.P.(Código Penal Colombiano 2000), cuya pena debe ser establecida por el Juzgador entre 12 y 20 años de prisión; El delito d Concierto para delinquir, artículo 340 de C.P.(Código Penal Colombiano 2000), cuyos límites señalados por el legislador son de 3 a 6 años de prisión, y en fin, así como en estos ejemplos, el legislador Colombiano optó por señalar en los tipos penales una especie de marcos punitivos, con unos topes mínimos y unos máximos, dentro de los cual el Juez debe concretar, individualizar, tasar o dosificar la pena para cada una de las conductas que le corresponda Juzgar.

Teniendo en cuenta que la pena deberá ser fijada al interior de unos límites, es necesario resolver una primera pregunta antes de iniciar el proceso de la tasación de la pena, y cuya respuesta corresponde al primer paso para establecer una sanción, y esa pregunta corresponde a: ¿Cuáles son los límites, mínimo y máximo, dentro de los que debe concretarse la pena?

Utilizando los ejemplos señalados anteriormente, podríamos afirmar que ese primer paso en el proceso de tasación de la pena se puede superar muy fácilmente, por cuanto los tipos penales en los cuales se describen las conductas punibles, en su gran mayoría, señalan esos límites, por ello bastaría, en principio, con leer el artículo respectivo (Homicidio, Hurto, Estafa, Acceso Carnal Violento, Concierto para Delinquir,) (Código Penal Colombiano 2000) para identificar esos topes punitivos.

Sin embargo, a pesar de que los límites se encuentran establecidos en el tipo penal respectivo, es necesario tener en cuenta que esos parámetros mínimos y máximos, pueden verse afectados o modificados por algunas circunstancias que impliquen un aumento o una disminución de ambos límites o en solo uno de ellos, lo cual hace obligatoria la verificación de la ocurrencia de estas circunstancias antes de entrar a responder esa primera pregunta de ¿Cuáles son los límites, mínimo y máximo, dentro de los que debe concretarse la pena?

Esas circunstancias modificadoras de los límites son los denominados agravantes y atenuantes punitivos, que se encuentran a lo largo del Código Penal colombiano y que al igual que las conductas

punibles investigadas, en el trámite del proceso penal, deben ser probadas en el juicio para que puedan ser tenidas en cuenta en el proceso de tasación de la pena. También existen, para estos efectos, los dispositivos amplificadores de los tipos penales, como por ejemplo la tentativa (Código Penal Colombiano 2000) o la figura del partícipe -determinador, complice e interviniente - (Código Penal Colombiano 2000), que de la misma manera como los agravantes y atenuantes disponen la modificación de los marcos punitivos señalados para cada delito.

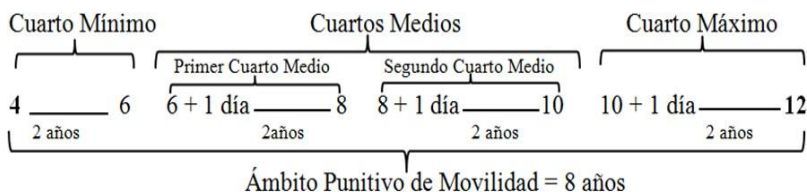
Es preciso señalar que, debido a la técnica de redacción y forma de expresión utilizada por el legislador colombiano en la elaboración del Código Penal, fue necesario establecer, en esa misma codificación, una serie de reglas de interpretación, contenidas en el artículo 60 de esa normatividad (Código Penal Colombiano 2000), que le ofrecen al operador judicial los criterios que deben ser utilizados al aplicar las norma que ordenan aumentar o disminuir los límites de la infracción básica. Por ejemplo, en los casos en que la norma prevé un aumento de la pena hasta en una proporción, ese aumento se le debe aplicar únicamente al límite máximo de la infracción, pero si la norma señala un aumento en una proporción determinada, este aumento debe ser aplicado a ambos límites.

Ahora bien, luego de establecido el límite mínimo y el límite máximo de la pena a imponer, es necesario calcular la diferencia que existe entre ambos extremos punitivos para identificar cual es el margen concreto o ámbito dentro del cual debe moverse el operador para efectos de concretar la sanción. Es decir, si luego de haber

aplicado los agravantes, atenuantes o alguno de los dispositivos amplificadores del tipo penal, los límites finalmente resultan ser de 4 a 12 años, el operador tiene un margen o ámbito punitivo de movilidad que corresponde a 8 años, dentro del cual deberá fijar la pena.

Esta cifra corresponde a la diferencia que existe entre el límite mínimo y el límite máximo; ahora bien, la concreción de la pena dentro de ese ámbito punitivo de movilidad, de acuerdo al sistema de dosimetría penal establecido en el régimen penal Colombiano, no está sujeta al arbitrio o discrecionalidad del juzgador, pues, existe en Colombia la implementación de la denominada “Sistema de cuartos” (Código Penal Colombiano 2000) que no es otra cosa que la obligación de dividir ese ámbito de movilidad, en nuestro ejemplo de 8 años, en cuatro fragmentos iguales, denominados cuartos punitivos.

Para el caso que ha sido señalado como ejemplo, y dividiendo es término de 8 años en cuatro fragmentos iguales, resultan cuartos punitivos de 2 años, cada uno de ellos, así: Primer Cuarto, de 4 a 6 años, Segundo Cuarto, de 6 años y un día a 8 años, Tercer Cuarto, de 8 años y un día a 10 años y finalmente el último cuarto será de 10 años, y un día, a 12 años.



Gráfica No. 1 – Sistema de Cuartos. Elaboración de los autores

Luego de la división del ámbito punitivo de movilidad en cuartos, uno mínimo, dos medios y un máximo, es el legislador quien determina los criterios que debe tener en cuenta el juzgador para identificar el cuarto o cuartos donde deberá finalmente concretarse la pena. Con esta metodología se ofrece una mayor cantidad de garantías al condenado, restringiendo la discrecionalidad del juez y fortaleciendo, entre otros, el principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas.

El artículo 61 del Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano 2000), establece como criterios para determinar el cuarto o cuartos donde debe ser concretada la pena, la existencia de circunstancia de agravación y de atenuación punitiva, sin embargo, es importante aclarar que cuando el legislador se refiere a estos agravantes y atenuantes, está haciendo alusión a las circunstancias genéricas de menos y mayor punibilidad que se encuentran enumeradas en los artículos 55 y 58 del mismo Código Penal (Código Penal Colombiano 2000).

Es muy importante esta aclaración en la medida en que su inobservancia llevaría, en no pocos casos, al desconocimiento del principio del non bis in ídem, toda vez que las circunstancias agravantes y atenuantes cuya ocurrencia se logre demostrar en el juicio, así como los dispositivos amplificadores del tipo penal, deben ser utilizadas para efectos de modificar los límites mínimo y máximo de la infracción básica, por ello, no es posible pretender utilizarlas nuevamente como criterio para establecer el cuarto o los cuartos donde

se concretará la pena. De acuerdo a esta aclaración, el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000) deberá ser entendido por el Juzgador de la siguiente manera:

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 [cuando no existan circunstancias de menor ni mayor punibilidad] o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva [únicamente circunstancias de menor punibilidad], dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva [cuando concurren circunstancias de menor y de mayor punibilidad], y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva [cuando únicamente concurren circunstancias de mayor punibilidad] (Código Penal Colombiano 2000)” (subrayado fuera del texto) [modificaciones de los autores]

Así las cosas, es necesario concluir que para efectos de establecer en que cuarto o cuartos se debe ubicar el Juzgador para finalmente concretar el monto de la pena, únicamente podrán tenerse en cuenta las “circunstancias de mayor y menor punibilidad” establecidas en los artículos 55 y 58 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000) y nunca las circunstancias de agravación o

atenuación que son específicas para cada delito y que implican una variación del quantum de los límites de la infracción básica (Código Penal Colombiano 2000)

En este punto de la explicación es preciso señalar que en cuanto a los denominados “cuartos medios”, en el sentido de que la ley no prevé ningún criterio para que el juez se ubique específicamente en uno de ellos al momento de individualizar la sanción; no existe en el ordenamiento penal colombiano alguna disposición que señale los eventos en los cuales se deba tasar la pena en el “primer cuarto medio” o en el “segundo cuarto medio”, lo que implica, necesariamente, que de existir una concurrencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad, tal y como lo dispone el artículo 61(Código Penal Colombiano 2000) descrito anteriormente, el juzgador tendrá que concretar la pena teniendo como límites el extremo mínimo del primer cuarto medio y el extremo máximo del segundo cuarto medio, es decir, en el ejemplo expuesto anteriormente, la pena debería ser individualizada, en esos eventos, dentro de los límites de 6 años y un día, hasta 10 años.

Ahora bien, una vez establecido el cuarto o cuartos donde el juzgador debe individualizar la sanción, concretará el monto de ésta de acuerdo a unos criterios que también son establecidos por el legislador de manera taxativa, precisamente para salvaguardar los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que fundamentan y orientan la aplicación de la ley penal. De esta manera en los incisos 3 y 4 de ese mismo artículo 61 del Código Penal Colombiano (Código

Penal Colombiano 2000), se establecen los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador para individualizar la pena dentro de los límites establecidos por el cuarto o cuartos escogidos previamente de acuerdo con las circunstancias de menor y mayor punibilidad (Cure Márquez, J. C. 2012).

Art. 61 “[...] 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 concurrente, 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” (Ley 599 de 2000, Código Penal.(Código Penal Colombiano 2000)

Se trata, entonces, de una orden expresa dada por el legislador, precisamente para que no se utilicen criterios subjetivos o caprichosos por parte del juzgador; son estos, y no otros, los fundamentos de la individualización o concreción final de la sanción, sin que le sea dado al juez edificar la decisión en una exposición simplista de argumentos como la existencia de antecedentes penales, la conducta proclive al

delito, la edad del procesado o de la víctima, las muestras de arrepentimiento o manifestaciones de perdón etc., criterio que de ser utilizados por los Jueces para motivar y fundamentar la imposición de una pena, serían contrarios al principio de legalidad.

Finalmente, una vez fijada la pena en concreto, deben ser aplicadas las rebajas previstas por los denominados beneficios penales, que son otorgado como contraprestación a circunstancias post-delictuales que, de acuerdo con la ley, deben ser tenidas en cuenta para beneficiar la situación jurídica del infractor.

La Corte Suprema de Justicia Colombiana, en sentencia del 27 de octubre de 2004, (Corte Suprema De Justicia 2004) a propósito de la exclusión de beneficios penales para algunos delitos en particular, mencionó:

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

En la legislación Colombiana, y más concretamente en los Códigos Penal (Código Penal Colombiano 2000) y de Procedimiento Penal, (Código De Procedimiento Penal Colombiano 2004) son considerados beneficios penales, entre otros, los siguientes: las rebajas de pena por allanamiento a cargos y por preacuerdos, desde el artículo 348, hasta el artículo 354 del C.P.P, la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, artículo 269 del C.P., el reintegro en los delitos contra la administración pública, artículo 401 de C.P.,etc.

Como conclusión del procedimiento de dosificación punitiva adoptado por la ley penal Colombiana, que ha sido expuesto a lo largo del presente artículo, es posible afirmar, sin lugar a dudas, que en esta materia el legislador evidenció su intención, clara e inequívoca, de regular la imposición de las sanciones penales, con criterios de ponderación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, evitando al máximo la discrecionalidad y subjetividad del Juez en esta labor y brindando todas la garantías posibles para que la pena impuesta corresponda a una respuesta adecuada por parte del Estado a la particularidades y naturaleza propia de las conductas, hechos y circunstancias por las cuales se emita una sentencia condenatoria.

IV.PENAS IRREGULARES

A pesar de la notable intención del legislador de brindar las máximas garantías posibles en cuanto a la tasación de las penas, es pertinente señalar que existen en el ordenamiento penal colombiano

algunas “incongruencias legislativas” (Corte Constitucional 2002) en la aplicación de este sistema de dosificación punitiva, lo que ha significado un desequilibrio en las cargas que deben asumir algunos condenados, evidenciando una desigualdad y desproporción en el ejercicio del poder punitivo del Estado. Se hace referencia especialmente a la complacencia que ha mostrado el legislador colombiano, durante varios años, con la imposición de “penas fijas o unicas” para algunos delitos, contrariando los fundamentos y fines que persiguen las penas en el Estado Social de derechos (Código Penal Colombiano 2000)

En este sentido debemos mencionar que la Constitución Política de Colombia (Constitución Política De Colombia. 1991) establece una serie de principios fundamentales que orientan el funcionamiento del Estado y cuyas directrices irradian el ejercicio del poder punitivo de esta nación latinoamericana. Por ejemplo, podríamos mencionar las disposiciones del artículo 1 de esta carta magna, que identifica a la república de Colombia como un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, también podríamos referirnos al artículo 2, cuyo contenido hace referencia a los fines del estado, mencionando, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos. De la misma manera podemos citar, entre otros, el artículo 13 del estatuto superior, en el cual se señala la obligación del Estado Colombiano de promover las condiciones para que la igualdad ante la ley, de todas las personas, sea real y efectiva.

La imposición de una pena única para quienes incurran en la comisión de un determinado delito, desconoce la función diferenciadora que cumple el sistema de cuartos adoptado por la legislación penal colombiana (Código Penal Colombiano 2000), cuya filosofía no es otra que aplicar sanciones adecuadas y proporcionales para cada situación, individualmente considerada, que sean consecuente con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la conducta.

Es por esta razón que tanto la ley como la jurisprudencia colombiana (Consejo De Estado 2014) exigen que al momento de ser emitida la sentencia, se expongan los motivos y fundamentos que tuvo en cuenta el juzgador para adoptar su decisión, garantizando de esta manera un control sobre la actividad del juez y fortaleciendo el ejercicio del derecho a la defensa, en aras de la obtención, entre otras garantías, de una sanción razonable, proporcional, adecuada y estrictamente ceñida a los hechos y circunstancias particulares de la conducta punible.

En este sentido es importante mencionar el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-108 de 2017 (Corte Constitucional 2017)

“5.3. Adicionalmente, el respeto del principio de proporcionalidad (en abstracto) le impone al legislador el deber de configurar el sistema de penas de tal forma que permita al juez ajustar la sanción de acuerdo con las variaciones que puedan concurrir en el

caso concreto tanto en lo relativo al grado de afectación del bien jurídico tutelado, como en lo concerniente a los elementos para la estructuración de la responsabilidad.

“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.

“Bajo consideraciones similares la Corte ha reconocido la competencia del Legislador para establecer, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, regímenes estructurados a partir de criterios diferenciales en el tratamiento penal de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos, basados por ejemplo, en la existencia objetiva de distintas categorías delictivas que presentan variaciones importantes en cuanto a la gravedad que comporta su comisión, en la trascendencia de los bienes jurídicos que se buscan proteger mediante su incriminación y en otros criterios de política criminal.

“La previsión de este tipo de reglas en sede legislativa se convierte así en una condición necesaria para medir y racionalizar el

ejercicio del poder punitivo del Estado, mediante la creación de espacios de ponderación para el operador jurídico, pues como lo ha subrayado la jurisprudencia de esta Corte “sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”

A pesar de los postulados expuesto por el máximo organo de control constitucional de Colombia, la figura de “pena única” tiene aplicación, aunque de manera excepcional, en el régimen penal colombiano. Este fenómeno tuvo su génesis en la legislación de este país debido a una denominada “incongruencia legislativa” atribuida, por la Corte Constitucional de Colombiana, a una ligereza del legislador al pretender sancionar con mayor severidad algunas conductas, estableciendo circunstancias de agravación que, al momento de ser aplicadas para establecer el monto de los límites de la pena, producen una modificación en los extremos punitivos de la infracción básica, de una manera tal, que el límite mínimo iguala o supera al límite máximo de la pena.

Esta situación fue puesta en conocimiento del Tribunal Constitucional Colombiano, a través de una demanda que pretendía la declaratoria de inexequibilidad del artículo 384 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000) en virtud del cual se ordena la aplicación de un agravante punitivo que provoca el efecto señalado.

En respuesta a las pretensiones del demandante, la Corte decidió reglamentar el fenómeno e indicó que en los casos en que la pena mínima iguala o supera el máximo establecido por el Legislador, lo que debe entenderse es que el legislador quiso que la pena aplicable fuera igual al máximo fijado (Corte Constitucional 2002).

De acuerdo con este pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana, fue necesario dirigir la investigación, que dio lugar al presente artículo, a la identificación y análisis de los tipos penales, en la legislación de este país, en los cuales se produce el fenómeno de pena única planteado por el máximo tribunal de cierre constitucional. De esta manera fue posible identificar cinco eventos en los cuales se presenta este fenómeno en el Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano 2000).

A continuación, se explicará cada uno de estos casos de manera breve y con la mayor simplicidad posible, con el único fin de permitir al lector entender, sin mayor esfuerzo, la problemática planteada.

El primero evento se presenta en el delito de Homicidio en Persona Protegida, artículo 135 del Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano 2000), sancionado con una pena de 480 meses (40 años) a 600 meses (50 años) de prisión. Este delito prevé en su inciso final, que la pena deberá ser aumentada de una tercera parte a la mitad cuando el delito se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Ahora bien, siguiendo las disposiciones del artículo 60 del Código Penal Colombiano(Código Penal Colombiano 2000), y más concretamente la regla establecida en el numeral 4 de esa normatividad, la proporción menor, correspondiente a una tercera parte, debe ser aumentada al límite mínimo, y la mitad, que corresponde a la proporción mayor, al límite máximo, sin embargo, teniendo en cuenta que en Colombia, de acuerdo al numeral 1 del artículo 37 del Código Penal(Código Penal Colombiano 2000), la pena de prisión no puede ser superior a 50 años para un delito individualmente considerado, no es posible aplicar el aumento previsto para el límite máximo en el ejemplo que estamos desarrollando, por cuanto dicho límite ya se encuentra en ese tope de 50 años. Es por ello por lo que solo podremos hacer el ejercicio, aumentado la proporción correspondiente, únicamente al límite mínimo de la pena, es decir, que a 480 meses le debemos aumentar su tercera parte, cuyo resultado corresponde a 160 meses, arrojando de la sumatoria un total de 640 meses, que corresponden a 53 años y 4 meses.

De esta manera el límite mínimo supera al máximo establecido en el tipo penal, sin embargo, en atención a las disposiciones del artículo 37 del Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano 2000), en cuanto a la pena máxima de 50 años, y además de acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana (Corte Constitucional 2002) en cuanto a la aplicación de una “pena única”, se hace necesario concluir que la pena para este delito, independientemente de que existan o no circunstancias de mayor o menor punibilidad o que el juzgador considere que se presentan

algunos de los criterios establecido en el artículo 61 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000) para efectos de imponer una mayor o menor sanción, la pena será siempre y en todos los caso de 50 años.

Caso similar ocurre con el delito de Conservación y Financiación de Plantaciones, artículo 375 del Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano 2000) sancionado, en su inciso 2°, con una pena de 64 meses a 108 meses de prisión. Ahora bien, la pena anterior se puede ver aumentada si con la conducta descrita en el tipo penal concurre alguno de los agravantes específicos del artículo 384 del mismo Código (Código Penal Colombiano 2000), en cuyo contenido se dispone un aumento, del límite mínimo de la infracción, en el doble.

Así las cosas, en el evento de presentarse alguno de los agravantes, solo bastaría con sumarle al límite mínimo de 64 meses, un monto igual a ese, arrojando como resultado un total de 128 meses, superando así el límite máximo establecido en el tipo penal, que como quedó señalado es de 108 meses de prisión.

En este caso, y siguiendo con las directrices de la Corte Constitucional en la sentencia C-1080 de diciembre 5 de 2002 (Corte Constitucional 2002), la pena a imponer debe ser la correspondiente a 108 meses de prisión, sin que sea posible aplicar el sistema de cuartos y mucho menos valorar los criterios de dosificación punitiva establecidos en el artículo 61 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000).

En este caso en particular, toda persona que incurra en la comisión de este delito, deberá ser sancionada con la misma severidad, imponiéndole exactamente la misma sanción, sin que pueda el juzgador valorar circunstancias que se presente de manera concomitantes con la conducta, y que para otros tipos penales sí podrían significar penas distintas para cada caso concreto.

Dentro del mismo capítulo del Código Penal Colombiano donde se encuentra el delito de Conservación y Financiación de Plantaciones, al cual se ha hecho referencia, se encuentran otros dos casos de penas irregulares que finalmente deviene en la aplicación de una “pena fija o única”, y que al igual que en el caso del delito mencionado, es consecuencia del aumento punitivo señalado por los agravantes del artículo 384 del Código Penal(Código Penal Colombiano 2000) Ambos casos se presentan al pretender sancionar el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, establecido en el artículo 376 del Código Penal(Código Penal Colombiano 2000).

El primer evento se presenta al momento de aplicar la sanción establecida en el inciso 2 del artículo 376 (Código Penal Colombiano 2000) cuyos límites son de 64 meses a 108 meses, lo cual ha significado que al existir cualquiera de los agravantes consagrados en el artículo 384 (Código Penal Colombiano 2000) de ese mismo código, nuevamente nos encontramos frente a la “incongruencia legislativa” que provoca el aumento del límite mínimo de la infracción de manera tal, que supera al límite máximo de la misma, pues recordemos que esos agravantes del artículo 384 prevén un aumento del límite mínimo

de la infracción, en el doble, y realizando la suma requerida encontramos que el límite mínimo señalado en el inciso 2° pasa de 64 meses a un total de 128 meses, mientras que el límite máximo se mantiene en 108 meses, debiendo nuevamente aplicar las consideraciones de la Corte Constitucional, dejando como pena única el límite máximo, es decir 108 meses.

Lo mismo ocurre en el caso del inciso 3° de ese artículo 376 (Código Penal Colombiano 2000) en el cual se señala una pena de 96 meses a 144 meses, por tal razón, de llegar a presentarse cualquiera de los agravantes, la pena mínima debe ser aumentada en el doble, tal y como lo dispone el citado artículo 384 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000), de esta manera el límite mínimo sufre un aumento que da como resultado una pena de 192 meses, cifra está que supera ostensiblemente el límite máximo establecido en ese inciso 3°, correspondiente a 144 meses. En este evento, al igual que en todos los casos que hemos venido exponiendo, no tiene otra alternativa el juzgador, que hacer caso omiso al procedimiento de dosificación punitiva adoptado por el régimen penal colombiano, y aplicar esa única pena de 144 meses para todos los casos, sin poder hacer ningún tipo de distinciones de acuerdo con las circunstancias de mayor o menor punibilidad o atendiendo a los criterios de ponderación establecidos en el artículo 61 del Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano 2000).

Finalmente encontramos el artículo 382 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000) que describe la conducta punible de

Tráfico de Sustancias para Procesamiento de Narcóticos. Este delito dispone una pena de 96 a 180 meses de prisión, y también le son aplicables las agravantes del mencionado artículo 384 (Código Penal Colombiano 2000). Por tal razón, en el caso de que concurra alguna estas circunstancias específicas de agravación punitiva, con la conducta descrita en el tipo penal, el juzgador deberá duplicar el límite mínimo de la pena, dando como resultado un monto de 192 meses, cifra ésta que resulta mayor que los 180 meses establecidos como límite máximo, lo que significa, necesariamente, la aplicación de la figura de la “pena única” o “pena fija”, y nuevamente se desconocen los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que fundamentan el sistema de dosificación punitiva propio de legislación penal Colombiana.

Ahora bien, vistos y analizados los casos anteriores, es indispensable señalar que la “proporcionalidad” es un principio que rige las sanciones penales y la “ponderación” es un criterio modulador de la actividad procesal, de acuerdo a las disposiciones de los artículos 3 del Código Penal(Código Penal Colombiano 2000) y 27 del Código de Procedimiento Penal Colombiano (Código de Procedimiento Penal Colombiano 2004), respectivamente; lo cual significa que son normas rectoras, cuya aplicación es obligatoria y prevalente sobre cualquier otra disposición de ese mismo código, tal y como lo ordenan los artículos 13 del Código Penal (Código Penal Colombiano 2000) y 26 del Código de Procedimiento Penal(Código Penal Colombiano 2000), colombianos. De esta manera se constituye un mandato dirigido tanto al legislador como a los jueces, y debe ser materializado, entre otras

muchas actuaciones, en el sistema de dosificación punitiva adoptado en sistema jurídico penal colombiano, el cual, como lo hemos visto a lo largo del presente escrito, constituye una serie de límites a la discrecionalidad judicial en su tarea de imponer la pena a quien infringe la ley penal, de tal suerte que el juzgador pueda realizar un ejercicio de ponderación acorde con las circunstancias particulares de modo tiempo y lugar en las que se cometió el delito.

De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente artículo, resulta necesaria la revisión de todos los tipos penales descritos en el ordenamiento jurídico colombiano, a fin de eliminar las incoherencias que se presentan con la actual asignación de las sanciones, y racionalizar las penas frente a los bienes jurídicos que persiguen proteger (CITA TRIANA, R. A & GONZÁLEZ Amado, I. 2017)

De otro lado, haciendo un análisis sistemáticos del ordenamiento jurídico Colombiano, se hace necesario concluir que las “penas irregulares” o “penas únicas” no se compadecen con el fin resocializador que caracteriza las sanciones penal propias de un Estado social de derecho, lo cual genera una responsabilidad del Estado frente a quienes deban soportar un quebrantamiento del equilibrio que existe frente a las cargas públicas, y cuya consecuencia es el denominado “Daño Especial”(Consejo De Estado 1976), en el entendido de que un ciudadano que es condenado con una pena fija, debe soportar un monto en la sanción exactamente igual a quien comete el mismo delito pero en circunstancias diferentes, cuya ocurrencia, de conformidad con los principios legales y constitucionales que orientan el poder punitivo

del Estado Colombiano, supondrían para ese otro infractor una pena notoriamente superior.

Esta irregular unificación del monto de la pena, no solo desconoce los criterios de necesidad, razonabilidad y sobre todo proporcionalidad, sino que constituyen una violación flagrante del derecho fundamental a la igualdad y al principio constitucional del respeto a la dignidad humana, pilares fundamentales de un Estado social de derecho.

Finalmente, hay que hacer referencia al pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia 1080 de 2002 que dio lugar a la implementación y aplicación de la pena fija en Colombia, en la que también exhortó al Congreso de la República a realizar las modificaciones en las normas que han dado lugar a esta irregularidad en las penas, sin embargo, desde aquel año, y hasta la fecha del presente artículo, se encuentran vigentes las disposiciones cuestionadas.

En aquella sentencia (Corte Constitucional 2002) la Corte Constitucional decidió no declarar la inconstitucionalidad de la norma, por considerar que con ello excedería su función de control de constitucional, adentrándose en estudios de lineamientos de política criminal, cuya facultad está exclusivamente en cabeza del Congreso de la República, por esta razón ordenó la aplicación condicional de la norma, de acuerdo a la interpretación que hemos expuesto, mientras el legislador tomara los correctivos necesarios, sin embargo, como ha

quedado señalado, luego de 18 años del pronunciamiento de alto Tribunal Constitucional, no se han realizado las acciones por parte del legislador que pongan fin a estas denominadas “incongruencias legislativas”.

CONCLUSIONES

En ejercicio de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador, y dentro del proceso de creación de normas penales y de la determinación de la pena aplicable para cada delito, este órgano del poder público está en la obligación de respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Colombiana de la siguiente manera:

“(…) la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (Constitución Política de Colombia. 1991). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato, pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (Constitución Política de Colombia. 1991)., juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos” (Corte Constitucional 1996)

Si bien es cierto que el legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, así como para establecer las penas y la forma de dosificarlas, también es cierto que esa facultad no es absoluta, y está limitada constitucionalmente por los principios de necesidad, legalidad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad, y todos aquellos principios y disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad (POSADA, R & HERNÁNDEZ, H. M. 2001)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTERO Saray, N. (2011) *Dosificación Judicial de la Pena*. Ed. Leyer. Bogotá D.C.

CÁRDENAS RIVERA, M. E. (2003) “Acerca del vínculo entre derecho, el estado y la democracia. A propósito de Habermas y su aporte a la metodología de la interpretación y aplicación del derecho” *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana*. *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*. Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela.

CITA TRIANA, R. A. & GONZÁLEZ AMADO, I. (2017) *La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana*. Grupo Editorial Ibáñez: Bogotá D.C.

CONSEJO DE ESTADO (1976). Sentencia de octubre 28. Expediente 1482. M.P. Jorge Valencia Arango

CONSEJO DE ESTADO (1997). Sentencia de septiembre 25. Expediente 10392, M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros

CONSEJO DE ESTADO (2005). Sentencia de diciembre 13. Expediente 24.671, M.P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO (2014). Sentencia del febrero 23. Expediente 27.345 M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CORTE CONSTITUCIONAL (1996). Sentencia C-070 de febrero 22, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

- CORTE CONSTITUCIONAL (2002). Sentencia C-1080 de diciembre 05. M.P. Álvaro Tafur Galvis
- CORTE CONSTITUCIONAL (2007). sentencia C-210 de diciembre 21. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2017). Sentencia C 108 de febrero 23. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1994). Sentencia de Casación de agosto 24. Rad. 8.485, M.P. Dídimo Páez Velandia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2004). Sala Penal. Sentencia de octubre 27. Rad. 20.615, M.P. Germán Galán castellanos
- CURE MÁRQUEZ, J. C. (2012) Las Circunstancias de Mayor y Menor Punibilidad. Ed. Leyer: Bogotá D.C.
- DÍAZ CID, L.E.; DÍAZ ZULUAGA, L.J.E. y DÍAZ HERRÁN, S.J. (2018). Derecho y cosmovisión: Formación del Abogado latinoamericano sobre el fuero de minorías étnicas indígena. Revista Opción. Año 34, No. 87. Pp.: 691-720
- DÍAZ CID, L.E. (2016). Sobre el despojo de tierras en Córdoba (Colombia). Revista Opción. Año 32. Especial 12. Pp.: 12-38
- LEY 906 DE (2004). Por la cual se dicta el Código de Procedimiento Penal. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html Consultado en septiembre 04 de 2019
- LEY 890 DE (2004). Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0890_2004.html Consultado en septiembre 04 de 2019
- LEY 599 DE (2000). Por la cual se dicta el Código Penal. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html Consultado en septiembre 04 de 2019
- LOPERA MESA, G. P. (2006) Principio de proporcionalidad y ley penal. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid
- POSADA, R & HERNÁNDEZ, H. M. (2001) El sistema de individualización de la pena en el derecho penal colombiano.

Referido a la Ley 599 del 2000. Universidad Pontificia Bolivariana – Diké. Medellín

- VILLALOBOS ANTÚNEZ, JV. 2001. “Derecho, racionalidad y el supuesto metodológico de la Modernidad”. En Revista **Utopía y Praxis Latinoamericana, Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social**. Año 6, No.12. Universidad del Zulia. Maracaibo (Venezuela), pp. 64-82.
- VILLALOBOS ANTÚNEZ, JV.; GUERRERO, J.F.; ROMERO NECES, L. 2019. “Hermenéutica de la política y legitimidad de su ejercicio: Democracia y Estado de derecho”. En Revista **Utopía y Praxis Latinoamericana, Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social**. Año 24, No.86. Universidad del Zulia. Maracaibo (Venezuela), pp. 182-197.
- VILLALOBOS ANTÚNEZ, JV., RAMÍREZ, RI., and DÍAZ, L. 2019. “Bioética y biopoder: Perspectivas para una praxis pedagógica desde la ética de Álvaro Márquez-Fernández”. *Utopía y Praxis Latinoamericana, Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social*. Año 24, No.87. Universidad del Zulia. Maracaibo (Venezuela), pp. 65-77.



**UNIVERSIDAD
DEL ZULIA**

opción

Revista de Ciencias Humanas y Sociales
Año 35, Especial No. 25 (2019)

Esta revista fue editada en formato digital por el personal de la Oficina de Publicaciones Científicas de la Facultad Experimental de Ciencias, Universidad del Zulia.
Maracaibo - Venezuela

www.luz.edu.ve

www.serbi.luz.edu.ve

produccioncientifica.luz.edu.ve