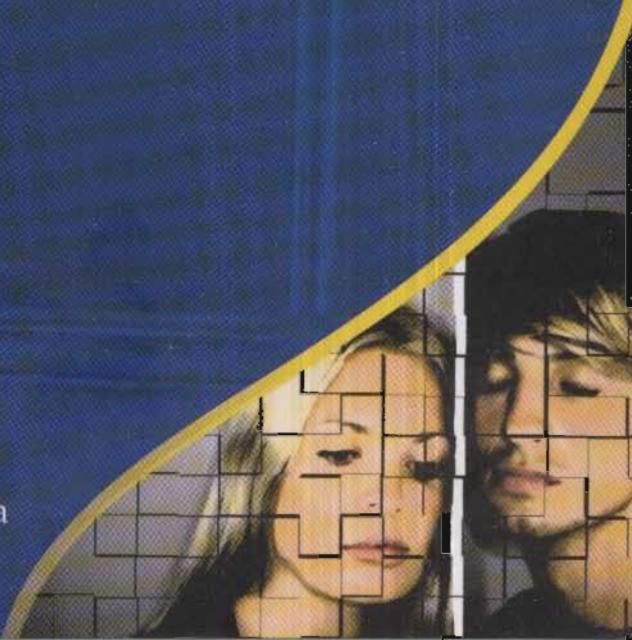




*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

SANCIÓN PENAL : PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

República de Colombia



**SANCIÓN PENAL:
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAILO ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE

**SANCIÓN PENAL:
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"
2007



Consejo Superior de la JUDICATURA
Sola Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
I. JUSTIFICACIÓN	23
II. RESUMEN DEL MÓDULO	25
OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO	27
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	27
PRIMERA UNIDAD	
GENERALIDADES DE LA SANCIÓN PENAL	29
OBJETIVO GENERAL	31
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	31
1.1. PRINCIPIOS DE LA SANCIÓN PENAL	31
1.1.1. PRINCIPIO DE NECESIDAD	33
1.1.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	34
1.1.3. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD	35
1.2. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	36
1.2.1. SIMILITUDES	39
1.2.2. DIFERENCIAS	40
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	41
AUTOEVALUACIÓN	42
BIBLIOGRAFÍA	43
JURISPRUDENCIA	43
SEGUNDA UNIDAD	
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	45
OBJETIVO GENERAL	47
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	47
2.1. FUNCIÓN DE LA PENA	48

ISBN 978-958-8331-52-2

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE, 2007
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007
Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: 2007

Con un tiraje de 1.000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Convenio 022 CSJ de 2006

Corrector de estilo: Omar Cabrales Salazar

Auxiliar de Investigación: Juan Pablo Cardona Chaves

Asesoría Metodológica y Pedagógica: Carmen Lucia Gordillo

Dirección General: Claudia Andrea Lineros Pantoja

Beimar Arturo Castro Peña

Diagramación electrónica e impresión: ASECUM

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

3.2. PROCESO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CUARTOS	149
3.2.1. CAUSAS E SUSTANCIALES MODIFICADORAS DE LA PUNIBILIDAD	152
3.2.1.1. Circunstancias de mayor y menor punibilidad	153
3.2.1.2. Atenuantes y Agravantes	157
3.3. CASOS CONCRETOS O PROBLEMAS	158
3.3.1. FAVORABILIDAD	158
3.3.2. CONCURSO DE DELITOS	159
3.3.3. MODALIDADES DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO	161
3.3.3.1. Preacuerdos y negociaciones	161
3.3.3.2. Allanamiento o aceptación unilateral de cargos	162
3.3.4. ALLANAMIENTO A CARGOS SIN ACORDAR PENA ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	167
AUTOEVALUACIÓN	168
BIBLIOGRAFÍA	170
JURISPRUDENCIA	171
BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO	172
JURISPRUDENCIA GENERAL DEL MÓDULO	173

2.2. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	54
2.2.1. CALIDAD DE INIMPUTABLE	55
2.2.2. FUNCIONES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN PARTICULAR	60
2.3. TIPOS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD	65
2.4. IMPOSICIÓN DE LAS PENAS	68
2.4.1. PENAS PRINCIPALES	69
2.4.1.1. Privativa de la libertad	69
2.4.1.2. Pena Pecuniaria: Multa	86
2.4.1.3. Privativas de otros derechos	92
2.4.2. PENAS SUSTITUTIVAS	92
2.4.2.1. Prisión Domiciliaria	93
2.4.2.2. Arresto de Fin de Semana convertible en Arresto Ininterrumpido	98
2.4.2.3. Sistemas de Vigilancia Electrónica	99
2.4.3. PENAS ACCESORIAS	101
2.5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	110
2.6. PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIÓN PENAL	116
2.7. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	117
2.8. EXTINCIÓN DE LAS SANCIÓN PENAL	121
ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	124
AUTOEVALUACIÓN	127
BIBLIOGRAFÍA	128
JURISPRUDENCIA	128
 TERCERA UNIDAD	
DOSIFICACIÓN PUNITIVA	131
 OBJETIVO GENERAL	133
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	133
3.1. DETERMINACIÓN DE LAS SANCIÓN PENAL	133
3.1.1. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PENA	142

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Juan Carlos Arias Duque, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

El módulo “sanción Penal: Penas y Medidas de Seguridad” que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: (i) Estado Social de Derecho: valores y principios constitucionales; (ii) Bloque de constitucionalidad; y (iii) Derechos de las personas privadas de la libertad.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico*, porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo se *orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelanten para el progreso de las condiciones de

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Juezas y Jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Juan Carlos Arias Duque complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los "usuarios" clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo

trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los

Curículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador, implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de

que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “*learning societies*”, *organizaciones que aprenden* “*learning organizations*”, y *redes de aprendizaje* “*learning networks*”¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

¹ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores y formadoras con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un

Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual.* Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo.* Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio.* Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de

autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 – 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

I. JUSTIFICACIÓN

El presente Módulo resulta necesario para los Jueces y las Juezas de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad dada la trascendencia que implica para su labor cotidiana, pues recuerda y consolida conocimientos acerca de las nociones básicas en materia de punibilidad, tales como los fines y funciones de la sanción penal en sus dos modalidades: las penas para imputables y las medidas de seguridad para quienes son considerados inimputables.

En ese sentido resulta importante el análisis del artículo 4º del Código Penal, el cual establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. Esta disposición se debe concatenar con el artículo 3º ibídém que, sujeta la imposición de una pena o medida de seguridad a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Prescripciones axiológico-jurídicas que brindan a los funcionarios y las funcionarias judiciales una visión robusta y suficientemente sustentada para desempeñar su labor con un conocimiento holístico y no simplista, que les permita analizar cada caso concreto con base en ejes transversales y “glocales”, lo que posibilita abarcar las instituciones nacionales en su integridad.

Tan pertinente es la temática abordada, que en la Ley 906 de 2004, se da la posibilidad de acudir a los mecanismos de justicia restaurativa, con el fin de que los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena, sean posibles en un contexto donde la víctima, ahora partícipe protagónico del proceso penal, va a tener una gran participación en la solución de conflicto

que se presenta ante la jurisdicción, de tal suerte que se sigue ahondando en la necesidad de reflexionar nuevamente sobre los principios que irrigan el sistema de imposición de penas y medidas de seguridad.

Adicionalmente, en desarrollo de la visión holística que se pretende proyectar, es menester que los Jueces y las Juezas de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad conozcan los criterios que debe tener en cuenta el Juez y la Jueza de conocimiento a la hora de dosificar e imponer la sanción penal –se trate de una pena o de medida de seguridad-, pues una vez este trámite se haya surtido, serán ellos y ellas quienes tendrán la responsabilidad de aplicarla y en ese sentido cobra una gran importancia su rol, dado que de ellos depende la eficacia en la justicia que imparte quien en principio ha conocido de la sanción.

Finalmente, es preciso recordar que la resocialización y la prevención especial, dependen de quien ejecuta la sanción penal para hacerse realidad, pues de nada sirve que en la audiencia de lectura del fallo se puntualice el contenido del mismo en relación con la sanción penal, si el funcionario o la funcionaria sobre quien recae la responsabilidad de ejecutarla no conoce la historia de la misma, los principios que la inspiran, los cimientos teóricos sobre los cuales se erige, sus diversas formas de aplicación o las variantes a las que hay lugar y, por supuesto, los criterios y reglas para dosificarla.

Lo anterior, aún en tratándose de diferentes instancias procesales, pues también el Juez y la Jueza de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debe conocer con todo el contenido dogmático y procesal, cómo se efectúa el proceso de imposición de la sanción penal –incluyendo sus explicaciones teóricas y sus fórmulas procesales- en las fases de formulación de imputación, formulación

de cargos, audiencia preparatoria y juicio, dadas las diferencias que en cada etapa implica la imposición de la sanción.

II. RESUMEN DEL MÓDULO

El que a continuación se presenta, es un Módulo de apoyo que responde al diagnóstico de necesidades presentadas por los Jueces y Juezas de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en la medida que describe y actualiza la Sanción Penal en relación con los fines del Estado, su responsabilidad frente al ius puniendi, las funciones de la pena en armonía con aquél, la particularidades de cada sanción penal –penas y medidas de seguridad– y la forma como se establecen y dosifican.

En este sentido, para comenzar, se hace alusión a la naturaleza del Estado colombiano en relación con el Derecho Penal aplicable y coherente con el modelo de Estado, pues no puede ser igual la aplicación de los principios de la pena en un Estado totalitario a los que rigen en uno democrático. De igual forma, distan mucho los criterios que debe tener un Juez o una Jueza para aplicar una sanción penal en un Estado Socialista a los que se deben observar en un régimen liberal, de tal surte que el modelo estatal y la ideología que lo irriga, se encuentran en directa relación con el derecho criminal aplicable y el rol de los Jueces y las Juezas que ejercen competencias punitivas.

Posteriormente, se desarrollan los artículos 3º y 4º del Código Penal, los cuales tratan los principios y finalidades de la pena respectivamente; de esta manera es posible determinar la importancia de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de aplicar la sanción penal, justificando el porqué esta se impone de acuerdo al delito cometido en razón de la sanción.

Así mismo, el contenido del Módulo vuelve sobre explicaciones que parecerán muy claras, de forma aparente, a sus destinatarios dado lo trajinado que resulta el tema de las penas y las medidas de seguridad; sin embargo, se aborda el temario con un enfoque reflexivo y actualizado con base en las líneas jurisprudenciales sobre los temas que se abordan, los cuales pretenden abarcar la mayor cantidad de supuestos posibles , ya que se hace relación a las penas en sus modalidades principal –pena privativa de la libertad, multa y privativa de otros derechos-, sustitutiva –prisión domiciliaria, arresto de fin de semana y sistemas de vigilancia electrónica- y accesoria –privativa de otros derechos diferentes a la libertad-, así como a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad -suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional-. En ese mismo sentido se desarrollan cada una de las medidas de seguridad que consagra el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Ahondado en la temática se presenta como necesario el análisis de las figuras de la prescripción y de la extinción, tanto de la acción penal como de la pena, dadas las confusiones que al respecto se pueden presentar y la importancia de estos instrumentos en la labor de redosificación que le corresponde al Juez o Jueza que ejecuta la sanción penal. Y con este tema, dosificación punitiva, se cierra el contenido, incluyendo en el mismo los criterios para dosificar la problemática de la dosimetría en las diferentes instancias procesales y por supuesto, en los concursos delictivos.

De esta forma se pretende abordar en la mayor medida posible, la problemática de las penas y las medidas de seguridad en el sistema punitivo colombiano, brindando herramientas tanto teóricas como prácticas que faciliten el trabajo del funcionario y la funcionaria en su rol cotidiano.

O Objetivos

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Identificar los diferentes elementos teóricos y prácticos que determinan la labor del funcionario y la funcionaria judicial en el momento de individualizar la sanción penal en cada momento procesal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MODULO

- Identificar las generalidades más importantes que componen e irrigan el proceso de individualización de la pena.
- Establecer los elementos particulares que componen cada uno de los regímenes de responsabilidad penal: penas y medidas de seguridad.
- Aplicar los procedimientos propios del sistema de dosificación punitiva vigente en Colombia.

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

Ap

Actividades Pedagógicas

Ae

Autoevaluación

B

Bibliografía

J

Jurisprudencia

Unidad 1

**GENERALIDADES DE LA
SANCIÓN PENAL**



Identificar las generalidades más importantes que componen e irrigan el proceso de individualización de la pena.

- Precisar la importancia de los principios de la sanción en la labor de los Jueces y las Juezas de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.
- Establecer las diferencias y similitudes existentes entre las dos modalidades de Sanción Penal a saber: Penas y Medidas de Seguridad.

1.1. PRINCIPIOS DE LA SANCIÓN PENAL

Al tiempo que el Estado Social de Derecho recoge una serie de fines que el Derecho Penal debe coadyuvar a tutelar mediante el ejercicio punitivo que, en efecto, recae sobre el Estado, también establece otras categorías jurídicas que tienen diferencias entre sí, pero que poseen una fuerza vinculante mayor de la que se encuentran investidas las legislaciones ordinarias. Así, se hallan nociones como las de “valor” y “principio” que constituyen un cimiento y un referente para el resto del ordenamiento jurídico.

Margarita Beladíez Rojo¹, en un estudio sobre los principios jurídicos, empieza por observar que el Derecho se fundamenta en las convicciones o ideas jurídico-éticas de la sociedad, entonces surge la idea de “valor” y la discusión en torno a la necesidad de ser trascrito en los textos jurídicos o no, lo que de una u otra forma es el desarrollo de la vetusta, pero aún vigente dicotomía entre iusnaturalistas y positivistas, donde, para los primeros, los valores poseen una fuerza

¹ BELADÍEZ ROJO, Margarita. Los Principios Jurídicos. Madrid, Editorial Tecnos, 1994.

natural que debe inspirar el ordenamiento positivo sin necesidad de estar escritos, y para los segundos, los valores obtendrán carácter obligante en la medida en que sean reconocidos como tales en la normatividad escrita.

En virtud a que el ordenamiento jurídico colombiano constituye una mixtura entre un espíritu iusnauralista pero un desarrollo legislativo escrito propio del derecho continental de tradición romano-germánica, los valores son reconocidos como aspiraciones e intereses de la sociedad que sólo se hacen accesibles al conocimiento de la sociedad mediante la experiencia repetida, de tal surte que llegan a "positivizarse" y a considerarse cimiento esencial del orden social y político, pues hacen referencia a un deseo de la sociedad, a un interés futuro, y por ello, inspirador de las demás prescripciones que poseen un carácter presente e inmediato y requieren un desarrollo práctico.

Por su parte los principios también se encuentran en una discusión según la teoría jurídica desde la cual se ubiquen las posiciones, así, pueden ser, como se decía de los valores, valores jurídico-éticos de la sociedad o como en el derecho positivo, ideas en torno a las cuales se organiza una determinada regulación positiva, pero, a diferencia de los valores, con un carácter obligante no mayor, sino más directo e inmediato.

En esta discusión, la posición adoptada en Colombia, según se desprende del texto constitucional y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Constitucional, es aquella en virtud de la cual "los principios consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida, restringiendo el espacio de interpretación, haciendo de ellos normas de aplicación inmediata"², es decir, se les arroga el carácter

²Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

vinculante y la eficacia directa aunque se reconoce que no poseen, per se, el elemento coercitivo que caracteriza a las reglas, pero determina, antecede y enmarca su interpretación.

De esta forma, teniendo en cuenta el lugar que ocupan los principios en el ordenamiento jurídico colombiano, es preciso observar cómo la legislación ordinaria, para el caso en particular del Código Penal, ha recogido dentro de sí principios para su interpretación general, como los referidos principios de la Dignidad Humana y de integración, y otros para los elementos que lo componen, como es el caso de los principios de la sanción penal –concepto que recoge las penas y las medidas de seguridad-, los cuales, en síntesis, constituyen prescripciones jurídicas que sin tener elementos coactivos per se, se encuentran dotados de una fuerza vinculante adicional al ser inspiradores de las demás normas e irrigar su contenido. La Norma Penal colombiana señala en el artículo 3º, que son Principios de las sanciones penales a los cuales debe sujetarse la imposición de la pena: los de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; que a continuación se desarrollarán.

1.1.1. PRINCIPIO DE NECESIDAD

El principio de necesidad tiene una adenda que el mismo Código Penal le arrojó al decir que “se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”, ello por cuanto un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la sanción penal y en ese sentido imponerla sólo cuando es necesaria para prevenir su repetición. De esto se desprende que el principio de necesidad se encuentra de la mano y sólo se materializa a través de otro principio general del Derecho Penal como lo es la última ratio, en virtud del cual, la sanción penal

sólo es posible como último recurso, como última opción frente al delito cometido, solamente se debe acudir a ella cuando los demás instrumentos han demostrado no ser idóneos para proteger un bien jurídico soslayado.

La Corte Constitucional al analizar el principio de necesidad, expresó:

“La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”³.

Sin embargo, el principio de necesidad lleva a suponer que si la pena es, como se mencionaba, la última ratio de la actividad estatal, este instrumento de protección debe ser útil, pues de lo contrario, sería suficiente con acudir a otros tipos de instrumentos jurídicos e incluso de sanciones no tan drásticas como la sanción penal.

1.1.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Cuando se trata de la imposición de la sanción penal, el Juez y

³Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001. M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

la Jueza encargados de tal función no sólo deben observar que la misma sea la última ratio y por tanto necesaria para satisfacer los fines y la función de la sanción, sino que deben cuidar que corresponda con la gravedad de la conducta punible, luego, deben “auscultar entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente”⁴. A este tipo de análisis se le ha llamado principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso” que se ha deducido jurisprudencialmente de los “artículos 1º (Estado Social de Derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)”⁵.

De esta forma, las personas que administran justicia en el momento de la imposición de la sanción se encuentran limitadas por un marco constitucional que exige moderación en la aplicación de la sanción penal y correspondencia con hecho el cometido.

1.1.3. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La sanción penal debe tener presente un tercer principio a la hora de ser impuesta, se trata de la “razonabilidad” que se relaciona con la admisibilidad o corrección de las conclusiones a las que arriba el Juez y la Jueza, es decir, a diferencia de la racionalidad, referida a la

⁴Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

⁵Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 1996. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

elaboración de argumentos coherentes con base en la lógica formal, la razonabilidad implica que las conclusiones de una elucubración jurídica “deben ser compatibles con el marco axiológico, deónico y consecuencialista definido en la Constitución y en el cuerpo normativo. Así, a las personas que administran justicia se les imponen reglas precisas relativas a la validez del ejercicio hermenéutico: razonabilidad, ausencia de capricho y de arbitrariedad”⁶.

En otras palabras, con la razonabilidad “se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios '*pro-libertatis*' y '*pro-homine*', derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano”⁷.

1.2. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL: PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

El Derecho Penal constituye una herramienta de la que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines, cuales son la protección de la vida, honra y bienes de las personas así como la garantía de sus derechos. De igual forma, el Derecho Penal moderno corresponde al ideario liberal y en ese sentido, el libre albedrío del hombre y la mujer se convierte en cimiento de su existencia, aunque Roxin dirá “que la discusión sobre la libertad del individuo debe ser excluida del Derecho Penal dada la imposibilidad de decisión objetiva y porque sólo importa cuando se está ante una finalidad retributiva de la pena y no preventiva de la misma, como la que el autor defiende”⁸.

⁶Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

⁷Corte Constitucional. Sentencia C-1026 de 2001. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civilas, 1997., p. 101.

Dicho planteamiento hace referencia al elemento de la culpabilidad –aunque no en todas las escuelas-, es decir, fiel a la mencionada tradición liberal, Colombia recoge el Derecho Penal culpabilista, “en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente”⁹, al respecto la Corte Constitucional ha sido clara:

“(...) la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, (...) pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba”¹⁰.

Esta tesis, en virtud de la cual la culpabilidad constituye también un límite a la coacción que puede ejercer el Estado sobre quien infringe la ley penal, es apoyada por Roxin, para quien la pena “tampoco puede pasar en su duración la medida de culpabilidad. (...) La intervención coercitiva estatal se quiebra en un caso así ante el interés de libertad del procesado, que debe someterse a las exigencias del Estado, pero no al arbitrio de éste, sino sólo en el marco de la culpabilidad del sujeto”¹¹.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

¹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 100.

De esta forma, el sistema punitivo se cimienta en la culpabilidad, el cual, contempla dos regímenes de responsabilidad a saber: uno para imputables y otro para inimputables. Los primeros son aquellos que al momento de realizar el acto típico pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues, como se mencionó, la Carta Política excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. Los segundos, los inimputables, son aquellas personas que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un Derecho Penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación¹².

Es importante resaltar que al establecer dos regímenes de responsabilidad penal, el sistema, a pesar de soportarse en la culpabilidad, prevé la posibilidad que ciertos sujetos actúen sin el elemento de la culpa, de tal suerte que para aquellos, bastará con que su conducta sea típica, antijurídica y no se encuentre ante una causal de ausencia de responsabilidad.

En este sentido ha manifestado la Corte Constitucional que “en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable

¹²Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”¹³.

Así las cosas, a continuación se hará relación a los dos tipos de sanción penal que reconoce el ordenamiento jurídico nacional, observando brevemente sus similitudes y diferencias, para más adelante, abordar su estudio en particular.

1.2.1. SIMILITUDES

Tanto las penas como las medidas de seguridad constituyen sanciones impuestas a quienes desarrollan una conducta prevista en un tipo penal, de tal suerte que, como lo manifiesta Roxin “resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia, (...) la tendencia fundamental preventiva es la misma”¹⁴. Aquí es necesario hacer un llamado, por cuanto si bien el Código Penal reconoce como función de la pena la prevención –lo que se verá más adelante-, punto de identidad con el planteamiento de Roxin quien propende por dicha finalidad en la sanción penal, la Norma Penal también hace propia la función retributiva, lo cual, no sólo contraviene a Roxin sino que distanciará la pena de la medida de seguridad, por cuanto la primera cumple esta función como desarrollo de la noción de “justicia”, mientras en la segunda no puede existir tal finalidad ya que si la conducta no es culpable no puede haber un reproche-castigo, “pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad (CP arts. 1, 16 y 28) castigar a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento”¹⁵.

De igual forma, ambas tienen fines de protección social, pues

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

¹⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 104.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002 EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta y a pesar de las diferencias que se verán en los tipos de sanción, las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión del hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del Derecho Penal¹⁶.

1.2.2. DIFERENCIAS

Por su parte, las diferencias entre los dos tipos de sanción penal, derivan, como se había anunciado, del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. De allí que para los sujetos, las medidas de seguridad no haya finalidades retributivas en su sanción, sino sólo de carácter preventivo.

También hay diferencias en cuanto a la forma como se ha de cumplir la sanción impuesta en términos de los lugares y las consideraciones para cada infractor o infractora de la ley, por ejemplo, el artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), prevé la existencia de establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos especiales “destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan la calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial”. La sentencia C-394 de 1995, con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible esa disposición pues consideró que no violaba la igualdad ya que “es apenas natural que los inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial, tengan un tratamiento diferenciado, adecuado a sus circunstancias”.

De esta forma, quedan presentadas de manera general, las nociones introductorias que en materia de sanción penal, se deben

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

encontrar presentes en cada pronunciamiento judicial que relacionado con el tema, dado que los principios de la sanción penal y las diferencias básicas entre las clases de sanción, son el resultado inicial del sistema penal culpabilista que irrigará el universo de situaciones con las cuales se encuentran en su quehacer los Jueces y las Juezas en Colombia.



1. Elabore un mapa conceptual donde desarrolle los contenidos expuestos en la unidad.
2. Juan, de 23 años de edad, toma para su beneficio propio la suma de \$300.000 pesos que tenía su madre en el cajón de la mesita de noche a sabiendas que ese dinero lo tenía para el pago de los servicios públicos del lugar donde todos conviven.
 - a. ¿Cómo considera usted que es posible aplicar los conceptos desarrollados en esta unidad al momento de aplicar la sanción adecuada en términos de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad?
 - b. En el caso planteado, ¿Considera que habría lugar a observar los criterios de prevención del delito y la retribución justa?
3. Complete el siguiente cuadro ubicando las principales semejanzas entre los dos regímenes de responsabilidad penal:

Penas	Medidas de Seguridad

4. Comente la relación y las diferencias que encuentra entre los siguientes pares de conceptos:

1.	Necesidad	Ultima ratio
2.	Razonabilidad	Racionalidad
3.	Proporcionalidad	Prohibición de exceso

Ae

Los hechos ocurrieron el 6 de febrero de 2005, en la calle 50 sur con carrera 8 de esta ciudad, en la vía pública. Los señores JOHN y LUIS, inducidos por otros sujetos, con el propósito de hurtar una motocicleta de placa, le propinaron dos disparos con arma de fuego al propietario de la moto, a causa de los cuales falleció.

Ocurrido lo anterior, en asociación con los mismos sujetos, intentaron dispararle al celador VÍCTOR, a quien le apuntaron a la cabeza, pero como el arma de fuego no se accionó, lo hirieron con arma blanca en la espalda, cabeza y nuca.

Al momento de la captura, acaecida minutos después, a unas cuadras del lugar de los hechos, LUIS fue informado que el propietario de la moto era su padre, EDWIN. Por su parte las autoridades encontraron que JOHN era un menor de 14 años que se encontraba acompañando a su hermano esa noche.

Complete el siguiente cuadro conforme al desarrollo de la unidad y el caso planteado:

1. Determine si a JOHN le correspondería una pena o una medida de seguridad por su participación en la conducta punible.
2. ¿Considera que corresponde con el

principio de necesidad imponer una pena a LUIS, aún cuando insospechadamente, fue su padre la víctima del hecho?

B

Constitución Política de Colombia 1991.
Código Penal. Ley 599 de 2000.
Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.
FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, México, Siglo XXI Editores, 1976, 314 p.

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001. M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-1026 de 2001. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 1996. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

Unidad **2**

PENAS Y MEDIDAS DE
SEGURIDAD

Og Oe

Establecer los elementos particulares que componen cada uno de los regímenes de responsabilidad penal: penas y medidas de seguridad.

- Identificar las funciones o fines de la sanción penal en sus dos regímenes: Penas y Medidas de Seguridad
- Aplicar las diferentes formas o clases de medias de seguridad, de tal suerte que sea pertinente con el tipo de imputabilidad del que se trate en el caso concreto.
- Aplicar los diferentes tipos de pena en aras de darle la utilización adecuada a las garantías y beneficios que la legislación penal contempla en tópicos como los subrogados penales y las penas sustitutivas.
- Examinar los criterios que componen las nociones de prescripción y de extinción, tanto de la pena como de la acción penal.

Hasta aquí se ha analizado brevemente el carácter de la sanción penal en sentido lato dentro de un Estado Social de Derecho, así como se ha hecho referencia a los principios de la sanción penal, teniendo como su trascendencia en cada momento procesal que se encuentre relacionado con la imposición de la sanción.

Así las cosas, es preciso deslindar los regímenes de responsabilidad penal vigentes en Colombia que, de alguna manera devienen de la doctrina alemana, dada su influencia en el ámbito penal nacional, diferenciando entre las penas y las medidas de seguridad dos nociones que distan entre sí, aunque como se observó, en esencia se erigen con finalidades y justificaciones muy semejantes dado que se cobijan, en el actual estado de cosas, bajo el amparo del “Contrato Social”, pero con consideraciones específicas que van a permitir su distanciamiento.

2.1 FUNCIÓN DE LA PENA

Es el artículo 4º del Código Penal el que señala las “funciones de la pena”, indicando que serán las de protección al condenado, retribución justa, prevención general, prevención especial y reinserción social, adicionando que las dos últimas operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Acerca de los dos tipos de prevención, especial y general, hay que advertir que corresponden a una misma línea de pensamiento que se opone en principio, a la que defiende la retribución como función de la pena. Cuando la Ley 599 de 2000 recoge ambas figuras –preventiva y retributiva-, se está alejando de ambas orillas tratando de conciliar una posición que resulta *sui generis*.

Ahora, en tratándose de las funciones preventivas, hay que mencionar que las contempladas en el Código Penal, no siempre van unidas, es decir, su construcción como funciones de la pena fue diferente, pues corresponden a finalidades distintas y al ser unificadas en la legislación punitiva colombiana se adopta una especie de teoría “unificadora preventiva”, de acuerdo con la cual el fin de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, al considerar que las normas penales sólo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social¹⁷.

La prevención especial, ha sido explicada por Roxin, quien es enfático al oponerla a la retribución, como una finalidad en la cual “la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15610, M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

dirigida al autor individual (especial)”.¹⁸ Según el autor alemán esta tesis de la prevención especial tiene orígenes remotos en la historia del pensamiento y hace caer en la cuenta de ello cuando cita a Séneca, quien invocando las enseñanzas de Protágoras y Platón dice: “Nam, ut Plato ait: ‘nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur’...” (Pues como dice Platón: ‘Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque [...]’). Esta concepción de la pena fue acorralada hacia finales del siglo XVIII por las teorías de la retribución, sin embargo un siglo más tarde, Fanz von Liszt revivió el postulado de la prevención especial, arguyendo que 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”.²⁰ Esta apreciación de von Liszt conduce a inferir que, principalmente las dos últimas finalidades –intimidatoria y correccional- se encuentran en la línea de la prevención especial. Frente a esta discusión, para el caso colombiano ha dicho la Corte Constitucional que la sanción “se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones”,²¹ y la primera –aseguramiento- se encuentra enfilada en la prevención general, como se verá.

En síntesis, al recaer la prevención especial sobre el autor individualmente considerado, lo que se quiere es prever las consecuencias que de la sanción se puedan esperar para la vida futura del autor en la sociedad, de tal forma que dicha finalidad se encuentra unida a la reinserción social, pues ambas, como el Código

¹⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 85.

¹⁹ SÉNECA, de ira, libro I, XIX-7. Se refiere aquí a PLATÓN, Leyes, 934 a. Citado por: ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 85.

²⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 86.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 1996. M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Penal lo expone, operan en el momento de la ejecución de la pena toda vez que es en ese instante cuando el condenado o la condenada “debe conseguir llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos”²².

Por su parte, la prevención general es una teoría que no ve el fin o la función de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor –de allí que se dijera que originariamente difiere de la teoría de la prevención especial-, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación²³. Así, es claro que ambas teorías –especial y general- tienden a la prevención de los delitos, sin embargo, se diferencian porque en la segunda, la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la sociedad.

La teoría de la prevención general distingue dos aspectos: uno negativo y otro positivo. El aspecto negativo se erige sobre el concepto de intimidación, ya no sobre el de autor para que no cometa futuros delitos, sino sobre la sociedad al hacerle notar el peligro que corren al cometer delitos semejantes. Por otra parte, el aspecto positivo de la prevención general propende porque la sociedad encuentre firmeza y halle reforzado y consolidado el poder de ejecución del ordenamiento jurídico, es decir, propende por originar un clima de confianza en las instituciones, de tal suerte que la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico penal²⁴.

²² ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p.87.

²³ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 89.

²⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 91.

En Colombia este concepto ha sido recogido de la siguiente forma:

"(...) 'prevención general', a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible: paradójicamente el hombre se ve compelido a proteger la sociedad mediante la amenaza a los individuos que la componen. Porque el orden jurídico es un sistema que opera bajo la fórmula acción-reacción, supuesto-consecuencia jurídica. Ese fin de 'prevención general' es igualmente apreciable tanto para la determinación judicial de la pena como para el cumplimiento de la misma, pues se previene no sólo por la imposición de la sanción, sino y sobretodo, desde la certeza, la ejemplarización y la motivación negativa que ella genera (efecto disuasivo), así como desde el afianzamiento del orden jurídico (fin de prevención general positiva)"²⁵.

De otro lado, el fin o la función resocializadora de la pena, que se manifiesta, al igual que el fin preventivo especial, en el momento de su ejecución y más exactamente, en la ejecución de la pena de prisión –conforme el artículo 4º del Código Penal-, se orienta conforme los principios que irradian el Estado Social de Derecho, principalmente aquellos de corte puramente humanista como la Dignidad Humana. Así, la Corte Constitucional ha expresado que "sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital"²⁶.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18285. M.P.: CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

En igual sentido, recordando el carácter vinculante de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado al ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados".

En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) dispone que la finalidad del tratamiento penitenciario consiste en "Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad (...)".

A través de esta función, es posible reivindicar los derechos de las personas privadas de la libertad como consecuencia de la imposición de una pena, en el sentido de su tratamiento digno, pues de lo contrario no es posible lograr tan noble finalidad. Así, el respeto por las condiciones dignas de vida, la prohibición de hacinamiento en los centros de reclusión, sean cárceles o penitenciarías, la obligación del Estado de mantener condiciones adecuadas de infraestructura, higiene y salubridad en los mismos, la prestación de servicios públicos esenciales en los establecimientos carcelarios y penitenciarios, la prohibición de cualquier forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, la atención médica necesaria, adecuada, digna y oportuna, el suministro de medicamentos, el derecho a un uniforme o vestuario adecuado con las condiciones climáticas de la prisión, el derecho a recibir una alimentación suficiente, entre otros, se convierten en garantía para lograr el fin resocializador de la pena.

En síntesis, con la finalidad de resocialización del condenado

o la condenada, "lo que se pretende es ofrecerles alternativas a su comportamiento desviado, ofreciéndoles posibilidades para su reinserción social"²⁷, pues, a propósito de la teoría del Contrato que inspira al Derecho Penal moderno, el objeto de éste en un Estado Social de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino "buscar su reinserción en el mismo"²⁸.

Para lograr este cometido, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), cuyo objeto, según el artículo 142 de la Ley 65 de 1993, es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad, de lo cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los mismos subrogados penales: la condena de ejecución condicional y la libertad condicional.

En esta lógica ha reconocido la Corte que "lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en sociedad"²⁹.

Finalmente, la retribución justa como función de la pena, no encuentra el sentido de la misma en la "persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido"³⁰. Para esta teoría la retribución de la

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA

³⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p.82.

pena es compensatoria de los efectos causados con la comisión del delito y tiene relación, de alguna manera, con la época del suplicio que relata Foucault³¹, donde la sanción era un castigo impuesto como escarmiento al condenado o condenada, lo que hace inferir, que detrás de la retribución como fin, se encuentra encubierta la primitiva "ley del Talión", pues tienen en común un espíritu de retaliación que motiva la imposición de la pena.

No obstante, en un ordenamiento jurídico inspirado en el respeto a los Derechos Humanos y en la Dignidad Humana, la retribución se encuentra limitada por tales principios, más aún, cuando el ordenamiento jurídico penal colombiano, si bien recoge esta función, no la considera absoluta dado que confluye con la función preventiva unificadora (especial y general), de lo que se sigue que, a pesar de las consideraciones de Roxin para quien un sistema que adopte la teoría unificadora preventiva de manera coherente no puede tomar en consideración la retribución, en el régimen nacional, ambas teorías confluyen, sacrificando la pureza del mismo pero matizando los efectos de la retribución a través de otros fines más humanistas y contemporáneos, criterios que debe adoptar el Juez y la Jueza de manera íntegra cuando se trate de imponer la sanción penal o reconsiderar su imposición inicial.

2.2. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

De nuevo es menester partir del contenido del Código Penal, el cual, para este caso, contempla en su artículo 5º las "funciones de las medidas de seguridad", señalando que en el momento de la ejecución de las medidas de seguridad, operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

³¹FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976, 314 p.

No obstante, antes de abordar cada una de las funciones de las medidas de seguridad, es preciso volver sobre el concepto y la naturaleza de las mismas, frente a lo cual la Corte Constitucional ha expresado que: “(...) La medida de seguridad es la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, impuesta judicialmente por el Estado, con fines de curación, tutela y rehabilitación, a persona declarada previamente como inimputable, con base en el dictamen de un perito psiquiatra, con ocasión de la comisión de un hecho punible”³². Es entonces, al igual que la pena, una medida coercitiva que, cuando menos, limita la libertad personal –situación que se abordará más adelante–, medida de la que no puede evadirse el inimputable por cuanto los tres tipos de medida restringen la libertad: internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial, internación en casa de estudio o trabajo y la libertad vigilada (CP, art. 69).

2.2.1. CALIDAD DE INIMPUTABLE

A partir de su definición, se desprenden una serie de elementos que merecen un análisis independiente, en especial, el carácter de inimputable y la necesidad de un dictamen pericial previo que acredita tal calidad, para que el sujeto pueda estar bajo una medida de seguridad y no bajo una pena. Respecto del primer asunto, se dice que “son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente”³³.

De igual forma, el Estatuto Penal es claro en su artículo 33

³² Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

cuando define al inimputable como quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

Así mismo, agrega que no será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental, como quien se pone bajo los efectos de sustancias alcohólicas o alucinógenas y prescribe también que los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil, es decir, la minoría de edad, no constituye una factor de inimputabilidad sino una situación que conduce al individuo a someterse a un proceso diferente de juzgamiento, circunstancia que tiene particularidades a partir de la expedición de la ley 1098 de 2006, como quiera que "Los jueces penales para adolescentes conocerán del juzgamiento de las personas menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14) años acusadas de violar la ley penal. Igualmente conocerán de la función de control de garantías en procesos de responsabilidad penal para adolescentes que no sean de su conocimiento" (art. 165 Ley 1098 de 2006).

Ahondando en los elementos de la referida definición de inimputable, se observa que el trastorno mental constituye un ingrediente de la misma o uno de los tipos de inimputabilidad, pero es preciso mencionar, que no cualquier tipo de trastorno es suficiente para que el individuo adquiera la calidad de inimputable, como lo definió la Corte Suprema de Justicia, debe tratarse de:

"(...) aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectiva, volitiva o afectiva que

le impide (...) darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión. Puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica”³⁴.

Adicionalmente, debe estar probado el estado de inimputabilidad, para lo cual se requiere la práctica de un dictamen pericial, específicamente de un examen psiquiátrico como medio idóneo para corroborar si el sujeto al momento de cometer el hecho se encontraba en capacidad de comprender y autorregularse conforme a esa comprensión y haga viable colegir que el acusado pudo estar afectado en sus esferas cognoscitiva y volitiva cuando cometió el delito³⁵. Sin embargo, el dictamen pericial no es ineluctablemente vinculante, pues hacer de éste la condición para que el juez o la jueza fallen, sería volver al ya superado sistema de la tarifa legal de las pruebas; por el contrario, lo que se pretende con el dictamen del experto es sumar razones y pruebas que lleven a la persona que administra justicia a convencerse de una verdad y fallar conforme los criterios de la sana crítica.

No obstante, la calidad de inimputable no se deriva únicamente de la presencia de una inmadurez sicológica o de un trastorno mental –en tratándose de este tipo de inimputabilidad-, se requiere también, que exista concomitancia temporal entre ellos y la realización del hecho legalmente descrito y lo que es de suma importancia, que no debe tratarse de cualquier clase de inmadurez o de trastorno, sino que ellos deben ser de tal entidad que impidan un comportamiento adecuado, en cuanto anulen la capacidad de comprensión o de correcta autodeterminación –como se mencionó-

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de Octubre de 1982. M.P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de Diciembre de 2001. M.P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

y sean la causa eficiente de la consecuencia típica y antijurídica, es decir, es indispensable que la situación de inmadurez o de trastorno hayan dado lugar al comportamiento de que se trate.

El segundo tipo de inimputabilidad es el referido a quienes por motivo de diversidad sociocultural o estados similares no pueden actuar comprendiendo la ilicitud de su conducta, el cual ha tenido una interpretación que ha conducido a concluir que esta prescripción está elaborada para unos destinatarios específicos: los pueblos indígenas; más aún si se relaciona con la medida de seguridad, hoy inexistente en el ordenamiento jurídico, del “reintegro a su medio cultural”. Estas dos disposiciones hacían inferir que se encontraban con una finalidad particular cual era legislar para los indígenas. Sin embargo, la Corte Constitucional concluyó que:

“(...) el hecho de que no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro³⁶.

Precisado lo anterior, se hace menester seguir deslindando el alcance de lo que aquí se ha denominado “segundo tipo de

³⁶Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

inimputabilidad”, y es que esta no puede ser entendida, como normalmente se comprende la noción de inimputable por virtud del trastorno o de la inmadurez mentales, como una condición derivada de una forma de incapacidad, sino que corresponde únicamente a una cosmovisión diferente que ocasiona, no una justificación de la conducta punible, sino un trato diferente a la hora de imponerse la sanción.

En tratándose del proceso penal en el caso de los inimputables por diversidad sociocultural, la Corte Constitucional ha manifestado:

“El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para imputables”³⁷.

En síntesis, la inimputabilidad por “diversidad sociocultural” debe ser considerada bajo dos presupuestos principales para efectos de la sanción: por un lado, que la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una

³⁷Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

cosmovisión diferente, y en segunda medida que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable.

2.2.2. FUNCIONES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN PARTICULAR

Como se había mencionado, el artículo 5º del Código Penal establece como funciones de las medidas de seguridad las de protección, curación, tutela y rehabilitación. Disposición que ha sido interpretada por la Corte Constitucional como la necesidad que tiene la sociedad de protegerse de los individuos respecto de los cuales, por haber realizado una conducta prevista en la ley como delito y sin concurrir una causal excluyente de responsabilidad, a pesar de no haber culpabilidad, puede suponerse, con un juicio razonable de probabilidad, que pueda volver a cometer la misma conducta. Este ha sido el argumento central para justificar los fines de "curación, tutela y rehabilitación" dentro de un Estado de Social de Derecho³⁸. Tales fines se especifican así:

"1) Mediante el término 'curación' se pretende sanar a la persona y restablecerle su juicio [lo que llamaría Roxin una prevención especial]. Ello sin embargo plantea el problema de los enfermos mentales cuya curación es imposible por determinación médica y por lo tanto se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte.

2) Cuando la ley habla de 'tutela' se hace alusión a la protección de la sociedad frente al individuo que la daña [una especie de prevención general]. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo ha recuperado su

³⁸Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

'normalidad psíquica' es porque no ofrece peligro para la sociedad y por tanto no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad.

3) Y por 'rehabilitación' debe entenderse que el individuo recobre su adaptación al medio social [el mismo fin resocializador de la pena]. La rehabilitación es la capacitación para la vida social productiva y estable, así como la adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto"³⁹.

Por otra parte, como se dijo cuando se aclararon las diferencias entre los dos regímenes de responsabilidad penal, las medidas de seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las normas, de lo que se infiere que encuadran con mayor coherencia dentro de la teoría propugnada por Roxin, dado que prescinden de un fin retributivo y se concentran en la prevención, tanto general como especial –principalmente esta última- del sujeto que ha cometido la conducta típica y antijurídica.

Ante estas funciones de prevención general y especial y de resocialización que cumplen las medidas de seguridad a través de la curación, tutela y rehabilitación, le surge al Estado un doble deber, pues por un lado, como sucede con los imputables, está llamado a ejecutar la sanción, es decir, imponer la medida restrictiva de la libertad y por otro lado, un deber distinto, adicional y específico, según los artículos 13 y 47 de la Constitución: adelantar una política de rehabilitación de las personas diferentes desde el punto de vista síquico. Por eso, mientras el inimputable que ha cometido un hecho

³⁹Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

punible se encuentre siendo objeto de una medida de seguridad, el Estado debe proveer obligatoria e ininterrumpidamente todo el tratamiento científico especializado para curar, tutelar y rehabilitar a la persona, como el fin de que ella tenga dignidad. Se establece pues, un especial vínculo jurídico entre el inimputable que ha cometido un hecho punible y el Estado⁴⁰.

No obstante, también surgen deberes para el inimputable, quien debe soportar la medida que sobre él se imponga durante el tiempo que dure el tratamiento que lo rehabilitará para la vida en sociedad, frente a lo cual, es necesario precisar que las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no poseen un límite mínimo, sólo tienen un límite máximo de duración, máximo que es necesario “por cuanto la rehabilitación mental no siempre es absoluta sino que a veces es parcial o progresiva. Incluso en ocasiones no se recupera totalmente la salud síquica pero desaparece la propensión al delito”⁴¹ y por cuanto

“(…) dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad. Entonces cuando se llegue el plazo máximo de la medida de seguridad, el juez está obligado a poner en libertad al inimputable. La razón de ser de ello es que la medida de seguridad supone privación de la libertad. Si una vez cumplido el tiempo previsto para el máximo del hecho punible, la persona no se ha rehabilitado a nivel síquico debe ser puesta en libertad. Termina para ella el tiempo de reclusión en calidad de inimputable, sin perjuicio de que el Estado le garantice el tratamiento especial que requiera, pero ya no como inimputable sino como disminuido síquico. En estos casos deberá asegurarse la presencia de un representante legal para el disminuido síquico”⁴².

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNFTT

Adicionalmente, hay que recordar que, en virtud a que como se dijo, la rehabilitación es gradual, el legislador permite suspender condicionalmente la medida de seguridad, por cuanto la rehabilitación mental a veces es parcial o progresiva y no tendría sentido mantenerla a ultranza cuando ese progreso se ha manifestado aunque la sanción no se haya cumplido en su totalidad. Este tipo de límites máximos, se encuentran en armonía con lo preceptuado en el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual no pueden existir medidas de seguridad imprescriptibles, lo que equivale a que no puede el legislador autorizar a que se le limite a una persona en forma permanente alguno de sus derechos fundamentales.

Respecto a la prohibición de un mínimo de duración de las medidas de seguridad, la Corte Constitucional también se pronunció declarando inconstitucional la medida que fijaba este límite, "pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables"⁴³.

Ahora bien, la rehabilitación siquiátrica depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados"⁴⁴.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Finalmente, cobra valor hacer mención a una situación que diferencia también a las penas de las medidas de seguridad y que es consecuente con la consideración especial que frente a estas últimas se debe tener. Se trata de la responsabilidad del traslado del inimputable al sitio escogido para la ejecución de la medida de seguridad, la cual, a diferencia de lo que sucede con las penas donde los encargados son los miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), aquí recae en cabeza del Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya coordinación está a cargo del Ministro de Salud – hoy de Protección Social- (art. 171 de la Ley 100 de 1993), para lo cual se encarga al funcionario o gerente del centro psiquiátrico o quien haga sus veces⁴⁵. Al respecto el artículo 465 de la Ley 906 de 2004 expresa: “El tratamiento de los inimputables por trastorno mental estará a cargo del sistema general de seguridad social en salud, a quien corresponderá la ejecución de las medidas de protección y seguridad”.

Sin embargo, mientras el sistema de seguridad social referido no se encuentre implementado en debida forma o en las partes donde no tenga cobertura, temporalmente y hasta tanto sea implementado el sistema, corresponderá al funcionario judicial que ordenó tal medida coordinar dicho traslado para lo cual cuenta con la colaboración del INPEC.

De igual forma, si el inimputable es requerido por el despacho judicial para la realización de diligencias propias del proceso penal, estando a cargo del Sistema de Seguridad Social en Salud, el encargado de transportarlo hasta las instalaciones de dicho despacho judicial será el centro psiquiátrico o la clínica pública o privada en la cual se encuentre internado o en su defecto, y sólo por las razones mencionadas, por los miembros del INPEC.

⁴⁵Corte Constitucional Sentencia T-1045 de 2002. M.P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

En complemento de lo anterior, el artículo 466 de la Ley 906, refiriéndose al procedimiento para la internación de los inimputables, señala que "el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ordenará la internación del inimputable comunicando su decisión a la entidad competente del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de que se asigne el centro de rehabilitación. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, pondrá a disposición del centro de rehabilitación el inimputable".

Ahora bien, cuando la medida impuesta es la libertad vigilada, el inimputable quedará a disposición de sus parientes, quienes, conforme el artículo citado, "se comprometerán a ejercer la vigilancia correspondiente y rendir los informes que se soliciten; su traslado se hará previo el otorgamiento de caución y la suscripción de la respectiva diligencia de compromiso. La autoridad o el particular, a quienes se haya encomendado el inimputable, trimestralmente rendirán los informes al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad".

2.3. TIPOS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Conforme el artículo 69 del Estatuto Penal Colombiano las medidas de seguridad pueden ser tres: la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, la internación en casa de estudio o trabajo y la libertad vigilada, esta última como accesoria de la primera. Como se observa todas constituyen una afectación o limitación al derecho a la libertad –circunstancia que se analizará más adelante-, más aún cuando mediante sentencia C-370 de 2002 con ponencia de Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional declaró inexequible la disposición que señalaba "la reintegración al medio cultural propio" como una medida de seguridad.

La primera modalidad -internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada- aplica para dos formas de inimputabilidad, la de aquel que sufre trastornos mentales permanentes y la del que los sufre de manera transitoria con base patológica, pues a quienes sufren trastornos mentales sin base patológica no se les aplican medidas de seguridad al igual que en el evento del trastorno mental transitorio con base patológica cuando ésta desaparezca antes de proferirse la sentencia.

En cuanto a la “internación para inimputable por trastorno mental permanente” el legislador ha manifestado en el artículo 70 del Estatuto Penal que consiste en la internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera el inimputable, con lo cual se cumple, en esencia, la función preventiva dado que se protege a la sociedad mediante su internación y a él mismo a través de los cuidados que se le brindan. Así mismo, se impone un límite máximo y no uno mínimo como ya se explicó, que consiste en veinte años, mientras el mínimo dependerá de las necesidades de tratamiento en cada caso concreto, gran diferencia, cabe recordar, con las penas, pues con esta medida de seguridad, cuando se establezca que la persona se encuentra mentalmente rehabilitada cesará la medida.

Así mismo, procede la suspensión condicional de la medida cuando se establezca que la persona se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida o cuando sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente. También se impone como condición que en ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

Por su parte, el artículo 71 desarrolla la medida de internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado para el “inimputable por trastorno mental transitorio con base patológica”, es decir, quien sufre de manera transitoria un trastorno que obedece a una enfermedad no sólo a un estado pasajero de por sí. A aquél se le impondrá esta medida y, al igual que en el caso anterior, se le prestará la atención especializada que requiera. A diferencia de la internación para inimputable por trastorno mental permanente, la medida para quien lo sufre de manera transitoria, tendrá una duración máxima de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades del tratamiento en cada caso concreto. De igual forma, la medida cesará cuando se establezca la rehabilitación mental del sentenciado y las condiciones para la suspensión condicional son las mismas, así como la prohibición en virtud de la cual el término señalado para el cumplimiento de la medida exceda el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

La segunda forma de medida de seguridad -internación en casa de estudio o de trabajo- se encuentra desarrollada en el artículo 72 del Código Penal y es aplicable a los inimputables que no padezcan trastorno mental, quienes serán internados en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación, adiestramiento industrial, artesanal, agrícola o similares. Esta medida, al igual que la anteriormente examinada, tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de asistencia en cada caso concreto. En cuanto a la suspensión condicional de la medida como al exceso del término señalado en la medida, se siguen las mismas reglas que para las formas de internación en establecimiento psiquiátrico.

Finalmente, la “Libertad vigilada”, tercera modalidad de las

medidas de seguridad constituye forma accesoria de la medida de internación, una vez que ésta se haya cumplido y consiste en:

1. La obligación de residir en determinado lugar por un término no mayor de tres (3) años.
2. La prohibición de concurrir a determinados lugares hasta por un término de tres (3) años.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades encargadas de su control hasta por tres (3) años.

Conforme el artículo 74 CP, las anteriores obligaciones, sin sujeción a los términos allí señalados, podrán exigirse cuando se suspenda condicionalmente la ejecución de las medidas de seguridad.

No obstante las aclaraciones anteriores, es menester mencionar que, al tenor del artículo 76 del Código Penal, cuando la conducta punible tenga señalada pena diferente a la privativa de la libertad, la medida de seguridad no podrá superar el término de dos (2) años, es decir, hay una norma especial que suprimiría las generales de diez y veinte años señaladas anteriormente. No obstante durante el tiempo que dure la medida, sea cual fuere, el Juez o la Jueza está en la obligación de solicitar trimestralmente informaciones tendientes a establecer si la medida debe continuar, suspenderse o modificarse.

2.4. IMPOSICIÓN DE LAS PENAS

Una vez observadas las características y los tipos de medidas de seguridad, el presente trabajo se ocupará de abordar las imbricaciones de la otra sanción penal: la pena, de la cual ya se analizó su función, desarrollando a continuación los tres tipos de

pena (principales, accesorias y sustitutivas), así como la teoría acerca de la libertad que se adopta en el ordenamiento jurídico nacional, para relevar la importancia de la pena privativa de la misma.

2.4.1. PENAS PRINCIPALES

Al referirse a las penas en particular, la legislación penal distingue tres tipos: penas principales, sustitutivas y accesorias, donde las primeras son las que efectivamente tienden a cumplir los fines de la sanción dado que, por ejemplo la multa, constituye un elemento retributivo de la pena, pues con ella no se consigue ningún tipo de prevención, aunque hay quienes, en un contexto manejado por la primacía capital, consideren que sí.

El artículo 34 del Código Penal, no sólo señala la clasificación de las penas sino que agrega que “En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”.

Es entonces el artículo 35 de la Ley 599 de 2000, el que dispone como penas principales la privativa de la libertad en prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial del Código Penal y que a continuación se esbozarán.

2.4.1.1. Privativa de la libertad

Como se observó cuando se citó a Foucault⁴⁶, la prisión se

⁴⁶FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976, 314 p.

convirtió, a lo largo de la historia de los castigos, como el más eficaz para lograr los cometidos de quien detentara el poder, de tal forma que se erigió como una representación con fines de prevención general al intimidar con sus inmensurables muros a quienes no habían cometido ninguna conducta sujeta a reproche penal. También sirvió a “los reformatorios” por cuanto el encierro facilita la labor disciplinaria en aras de hacer del individuo temeroso de la ley y del poder estatal.

No obstante su utilidad, la pena privativa de la libertad involucra per se una discusión que se debe saldar para efectos de comprender su vigencia, pues resulta cuestionable que en un Estado Social de Derecho, que tiene como fines garantizar los derechos y libertades de las personas, resulte que uno de esos derechos tan caros a la sociedad pueda ser restringido.

a) El concepto de Libertad en el Estado Social de Derecho

Debido a que la “libertad” es una noción que, como la “democracia” ha sido utilizada de diversas formas según tiempos, momentos e ideologías, es deseable indagar sobre las acepciones principales que se le han atribuido y finalmente, auscultar sobre la que recoge el ordenamiento jurídico nacional.

Los siglos XIX y XX aportaron inmensamente en la discusión, toda vez que durante los mismos se gestaron las tres ideas de libertad más importantes e influyentes hasta hoy: “la libertad como no-interferencia, libertad como participación política y libertad como liberación del hambre y de la miseria”⁴⁷.

· Libertad como no-interferencia (Libertad liberal)

⁴⁷PAPACCHINI, Ángelo. Filosofía y Derechos Humanos. Cali, Colombia Programa Editorial Universidad del Valle, 2003, p. 58.

La libertad como no-interferencia también llamada por Isaiah Berlin⁴⁸ libertad negativa, resulta ser la noción clásica del liberalismo desde donde se entiende el nominativo de libertad como ausencia de intervención externa, ya sea del agente estatal o de otros individuos. En ese orden de ideas, se concibe que el hombre posee una esfera privada que no puede ser vulnerada de ninguna manera y debe salvaguardarse de cualquier tipo de coerción.

Es necesario que el individuo posea una zona dentro de la cual pueda ejercer su autonomía y desarrollarse a sí mismo sin intervenciones ajenas o que puedan constreñir su voluntad. En esta lógica se concibe una concepción de Estado entendido como el garante de esa libertad y por tanto, su legitimidad va a depender de su eficacia a la hora garantizar la libertad del individuo y la convivencia pacífica, de tal forma que aquél será más libre cuanto más protegido se encuentre frente a intervenciones externas y en este propósito el Estado jugará un papel determinante.

Por esta vía, en la cual el hombre lucha por la seguridad de su espacio individual, se encuentra la justificación de los derechos, empezando, por simple relación gramatical con las libertades que se elevan a la categoría de derechos, tales como la libertad de expresión, de pensamiento, de culto, de conciencia, entre otras.

Como aporte a la profunda discusión que impele la noción de libertad, es importante citar a dos autores que desarrollan el tema otorgando nuevas clasificaciones aunque no contradictorias entre sí. Se trata del ya mencionado Isaiah Berlin y del inglés Benjamín Constant⁴⁹. Berlin en sus “cuatro ensayos sobre la libertad”, explica la división latente entre una libertad negativa y otra positiva, la primera obedece al criterio de la ausencia de interferencia y de

⁴⁸ BERLIN, Isaiah. Cuatro Ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

⁴⁹ CONSTANT, Benjamin. La libertad de los antiguos comparada a la de los modernos. México: Editorial Porrúa, 1995.

obstáculos para actuar, propia de instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, entre otros; mientras que la segunda idea, la libertad positiva, se refiere a la posibilidad de discernir, de elegir entre varias opciones pero con un conocimiento de causa suficiente, con una información y educación en el tema tales, que hagan de la decisión un ejercicio real de libertad, pues de lo contrario, al poder actuar sin obstáculos pero sin los medios idóneos que impliquen conciencia frente al albedrío, no se podría hablar de una libertad en sentido positivo.

· Libertad como participación política

El otro autor citado, Constant, encuentra una división de carácter histórico: es diferente hablar de la libertad de los antiguos a la libertad de los modernos, puesto que para los primeros, la libertad se concibe en términos de participación, es decir, se trata de una distribución del poder político entre los ciudadanos, eso sí, resaltando que tal categoría posee sus restricciones según la época, así como antaño sólo los hombres ejercían la libertad en los términos expuestos, hoy se podría decir que se trata de hombres y mujeres mayores de dieciocho años quienes son libres en el entendido antiguo en virtud del cual lo son, porque participan en las decisiones de la comunidad. De otro lado, la libertad de los modernos se encuentra en la misma lógica de la no-interferencia o libertad negativa de Berlín, al sentir del autor la modernidad supone una seguridad en los goces privados y garantías para los mismos lo que se convierte en un insumo más para la teoría liberal.

Entonces, la libertad como participación política trae consigo la idea del poder y el derecho que tienen los ciudadanos de participar en la conformación y ejercicio del mismo. Aquí aparece la exigencia del ejercicio de la autonomía política a través de la participación

activa en la elaboración de la ley, la distribución de los recursos y la defensa de los objetivos del Estado, de tal forma que el individuo puede ser autónomo como en la primera idea de libertad, pero no indiferente. Como ya se advertía, este criterio también es desarrollado por Constant quien lo enmarca en la idea de libertad para los antiguos, la cual será entonces la idea democrática de libertad, a diferencia de la noción moderna o negativa que constituye, en este orden de ideas, la noción liberal de la libertad, lo cual, valga la aclaración, no implica que sea correspondiente con la democracia.

En virtud a que la noción de individuo tiene una variación en esta nueva concepción, el Estado también sufre un cambio en cuanto a la visión que del mismo se ha de tener, ya no es simplemente el gendarme, garante de la libertad del individuo, sino una expresión de la sociabilidad, adquiere un valor positivo en el cual hay un querer colectivo del individuo.

· Libertad como liberación del hambre y de la miseria

En cuanto a la libertad como liberación del hambre y de la miseria, hay que decir que rompe trascendentalmente con el idea liberal tradicional, pues el hombre no prioriza más su autonomía individual, sino que se sitúa principalmente como un sujeto de necesidades y en ese sentido se “define la libertad como la posibilidad real de satisfacerlas”⁵⁰. En un espectro más amplio, la libertad se convierte en una posibilidad no sólo para poder hacer sino para poder vivir, es decir, no es sólo la opción de actuar sin interferencias ajenas en la cual el hombre es libre si no hay obstáculos, sino la opción real de acceder a los medios más elementales para acceder o suplir las necesidades, donde el hombre es libre precisamente si puede satisfacer sus necesidades.

⁵⁰PAPACCHINI, Op.Cit., p. 60.

Desde esta concepción de la libertad, el Estado no puede limitarse a garantizar la autonomía de los individuos sino que debe actuar para propender porque cada uno de ellos posea los insumos que suplirán sus necesidades y auspiciarán su subsistencia, como por ejemplo, posibilidad de la educación o de un trabajo bien remunerado.

Así las cosas "la libertad significa (...) la posibilidad real de satisfacer las necesidades básicas, y la liberación del individuo de aquella forma de esclavitud en la que se transforma de hecho la carencia de medios vitales mínimos y la lucha diaria por la subsistencia"⁵¹.

b) La restricción de la libertad como facultad del Estado

Después de contemplar tres opciones semánticas acerca del significado de libertad, hay que mirar, a la luz de la Constitución Política, cuál es la recogida o adoptada por el ordenamiento colombiano, entonces aparecen nociones como la de Dignidad Humana, cláusulas como el Estado de Derecho –aunque claro, con la inclusión del elemento "social"- que obedece a una tradición liberal, resplandece el artículo 28 explicando como derecho a la libertad el hecho de que nadie debe ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, entre otras disposiciones.

Este cúmulo simple tomado de la Carta hace inferir que la libertad en el Estado Social de Derecho colombiano es propia de la tradición liberal en el sentido de autonomía (cimiento de la noción de

⁵¹Ibid., p. 61.

dignidad retomada de Kant), de no-interferencia, de respeto a ultranza por la autodeterminación e intimidad del individuo, motivo por el cual, el Estado, es un ente peligroso para fines tan preciados.

En apoyo de lo anterior, el intérprete constitucional se ha manifestado de la siguiente forma:

“La libertad comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente. En otras palabras, todo individuo puede optar autónomamente por el comportamiento que considere conveniente en su relación con los demás, siempre y cuando no lesione los derechos de los demás ni el orden jurídico”⁵².

Ahora, si la libertad es un derecho fundamental y el Estado se cimienta en categorías que llevan implícito su respeto, ¿cómo es posible que pueda ser limitada por el Estado que es precisamente contra quien se opone en la acepción de no-interferencia?.

Pues bien, al respecto la Corte Constitucional ha afirmado que, tal como se desprende de la lectura del artículo 28 Superior, la libertad es, desde luego, un derecho fundamental de las personas que debe ser objeto de especial protección por parte de las autoridades, pero, no obstante, “la misma no es absoluta pues

⁵²Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. M.P. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

puede ser restringida en el evento en que se profiera por una autoridad judicial competente una orden escrita que reúna los requisitos que la ley imponga para el efecto y obedezca a los motivos previamente señalados por el legislador”⁵³. No obstante, la Corte ha advertido que la restricción de la libertad hecha por el legislador debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como ocurre siempre que se dispone la limitación de un derecho fundamental reconocido por la Constitución.

Así, resumiendo, el derecho a la libertad puede ser objeto de restricción por parte del legislador, en casos excepcionales y con la observancia de los requisitos y formalidades establecidos en la misma Constitución, es decir, a pesar de su relevancia en la construcción del modelo de Estado, el Constituyente no concibió la libertad individual como un derecho absoluto y, por consiguiente, intangible; por el contrario, autoriza su limitación en ciertos casos que sólo pueden ser previstos por el legislador, pues en esta materia existe una estricta reserva legal.

La restricción debe estar plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos. Adicionalmente, se requiere que el efecto negativo sobre la libertad que se restringe, sea notablemente mitigado con el beneficio constitucional que se alcanza a raíz de su restricción. Todo lo anterior, siempre que no se afecte el núcleo esencial del citado derecho⁵⁴.

Adicionalmente, no sobra recordar que la restricción a la libertad en ningún momento puede llevar a su suspensión, es decir,

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. M.P: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. M.P: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

limitar un derecho, en este caso la libertad, es legítimo, pero suspenderlo contraviene la esencia de un Estado cuyo fin es la garantía de los derechos. Al respecto la Corte Constitucional expresó:

“(...) 'Limitar' no es sinónimo de la acción de 'suspender', pues los verbos rectores implican diversos movimientos. En efecto, mientras limitar supone el acto de definir el campo de acción de una realidad vigente, suspender, en cambio, denota el cese de acción, es decir, se enerva temporalmente su vigencia. Como los derechos fundamentales son inherentes a la personas, en razón de su dignidad ontológica, no pueden suspenderse, pero sí limitarse, pues de no ser así, no podrían ni siquiera conceptualizarse, ya que todo concepto es definido, es decir, tiene que ser finito, y por ende tener límites”⁵⁵.

c) Pena privativa de la libertad: Prisión

La pena privativa de la libertad ha sido en la tradición del Derecho Penal moderno, la más recurrente y al parecer eficaz para el sistema, de tal suerte que permite cumplir los fines que se propone con la sanción penal, pues tanto las penas como las medidas de seguridad acarrean privación de este derecho. Y es que la mejor manera que tiene, en principio, el sistema punitivo para garantizar una prevención tanto general como especial, una retribución justa y una resocialización es a través de esta medida pues sólo así mantiene el control del proceso que se siga sobre el condenado o condenada.

No obstante, su aplicación debe corresponder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de tal suerte que,

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 1996. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA

definidos los hechos típicamente antijurídicos y culpables -en el caso de los imputables-, es preciso establecer los límites mínimos y máximos de la sanción (labor de la que en general se encarga el legislador y en particular al Juez o la Jueza), luego, corresponde a la persona que administra justicia la aplicación de la Ley, pronunciando en cada caso concreto la absolución o la condena, momento en el cual entran a prevalecer los referidos principios, de forma tal que sólo como última ratio valdrá la imposición de la pena de prisión que goza del carácter principal por disposición del Legislador, con la condición para éste de que “cada vez que tipifique una conducta punible y le imponga la pena principal de prisión, debe entenderse señalada sólo en anualidades en cuanto hace a sus mínimos y máximos de duración, sin que en ningún caso pueda entenderse que dicha sanción tenga una duración en meses o en días”⁵⁶.

En especial, el artículo 37 del Código Penal señala, como reglas generales para la pena de prisión que, primero, tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso. En segunda medida, su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el Código Penal. Y finalmente, aunque la detención preventiva no se reputa como pena, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

d) Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Si bien se ha rememorado la tradición y eficacia de la prisión en concordancia con las funciones o finalidades de la pena, el legislador prevé, por su puesto que en desarrollo de los mismos

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS

fines, la posibilidad para la persona condenada, de beneficiarse de instrumentos que permiten la inaplicación de la pena de prisión, estos son los denominados “mecanismos sustitutivos de la pena” o “subrogados penales” que tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, pueden ser establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración siempre y cuando estén “orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad”⁵⁷.

Principalmente, esta posibilidad responde al principio de necesidad, pues si el Juez o la Jueza encuentran que un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para readaptarse a la sociedad, debe brindársele la oportunidad de cumplir con su condena mediante mecanismos que, sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción.

En este sentido, es claro que la legislación colombiana “no es ajena a las corrientes de la criminología crítica, pues pese a no recoger una posición extrema como sería la corriente abolicionista de la prisión, le da cabida a los subrogados penales para evitar la permanencia de los individuos en las prisiones, cuando son sentenciados y condenados a penas privativas de la libertad, buscando con estas medidas dar aplicación en concreto a una de las funciones declaradas de la pena como es la resocialización del sentenciado”⁵⁸.

Así, los llamados “subrogados penales” son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a las personas que han sido condenadas, siempre y cuando cumplan los

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1404 de 2000. M.P.: CARLOS GAVIRIA Y ÁLVARO TAFUR GALVIS

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS.

requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador. Según lo dispuesto en el Estatuto Penal, los subrogados penales son la suspensión condicional de la ejecución de la pena (CP, art. 63) y la libertad condicional (CP, art. 64).

· Suspensión condicional de la ejecución de la pena

El artículo 63 del Código Penal es muy claro al manifestar que la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, operará por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años y 2) que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena privativa de la libertad.

En lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, la ley indica que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible, luego, puede suspenderse la ejecución de la pena con condiciones sin que se afecte la responsabilidad civil adquirida por la persona que ha sido condenada.

La ley 890 de 2004, en su artículo 4º agregó un requisito adicional a los dos señalados, cual es que la concesión del subrogado estará supeditada al pago total de la multa.

En armonía con lo anterior, la Ley 906 señala en su artículo 474 que “se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con el delito, salvo que haya bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización”.

En cuanto al segundo requisito que toca la esfera subjetiva de quien juzga, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

“La personalidad del procesado, [en la fijación del subrogado], tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permitan confiar fundadamente, en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta”⁵⁹.

Concedido el derecho, el favorecido deberá cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal, que consisten en informar todo cambio de residencia; observar buena conducta; reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo; comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello; y, no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. Estas obligaciones se deberán garantizar mediante caución.

Transcurrido el período de prueba, es decir, el tiempo que falte para el cumplimiento de la pena cuando supere tres años, sin que el condenado incumpla las obligaciones impuestas, la condena queda extinguida, y la libertad se tendrá como definitiva, previa resolución judicial que así lo determine (art. 67 CP). En caso contrario, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto del 4 de Febrero de 1997, Rad. 12.697. M.P.: RICARDO CALVETE RANGEL.

sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada, es decir, se revoca la medida (art. 66 CP)⁶⁰.

· Libertad condicional

Respecto a la libertad condicional, el artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 5º de la Ley 890 de 2004), dispone que el Juez o la Jueza podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad, previa valoración de la gravedad de la conducta punible, cuando se cumplan tres (3) requisitos a saber: 1) Se hayan verificado las dos terceras partes de la pena; 2) la buena conducta de la persona condenada durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena y 3) se haya efectuado el pago total de la multa y de la reparación a la víctima.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como “período de prueba”. Cuando este sea inferior a tres años, el Juez o la Jueza podrá aumentarlo hasta en otro tanto.

Mediante sentencia C-194 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible al expresión “previa valoración de la gravedad de la conducta punible” en el entendido de que dicha valoración deberá atenerse a los términos en que fue evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del Juez de la causa, de lo cual se sigue que cuando el Juez o la Jueza de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad valora la conducta del condenado a efectos de determinar la procedencia del subrogado penal de la libertad condicional, lo hace sin quebrantar la prohibición constitucional del non bis in idem, pues su calificación no implica un nuevo juicio sobre la responsabilidad penal del condenado.

⁶⁰Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS.

En este punto la Corte consideró necesario precisar que, en efecto, el Juez y la Jueza de ejecución de penas y medidas de seguridad ejercen una función valorativa que resulta determinante para el acto de concesión del subrogado penal. Para la Corte, la función que ejercen los Jueces y las Juezas de Ejecución no es mecánica ni sujeta a parámetros matemáticos. Esta involucra la potestad de levantar un juicio sobre la procedencia del subrogado que ciertamente exige la aplicación del criterio del funcionario o funcionaria judicial. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que dicha valoración recae sobre los mismos elementos que se ven involucrados en el juicio penal propiamente dicho.

Así, la valoración en la etapa posterior a la condena se somete enteramente a los parámetros de la providencia condenatoria y tiene en cuenta elementos distintos, como son el comportamiento de la persona condenada en prisión y la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Tal valoración no vuelve a poner en entredicho la responsabilidad penal, sino la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Y la prueba está, en que la decisión judicial que deniega el subrogado penal no aumenta ni reduce el quantum de la pena, sino que se limita a señalar que la misma debe cumplirse en su totalidad⁶¹.

Ahora bien, una vez concedido el subrogado, al igual que cuando se trata de suspensión condicional de la ejecución de la pena, el favorecido deberá cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 65 del Código Penal, que consisten en informar todo cambio de residencia; observar buena conducta; reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo; comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia,

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

cuando fuere requerido para ello y no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena, obligaciones se deberán garantizar mediante caución.

En cuanto al procedimiento específico, el Código de Procedimiento Penal señala, en su artículo 471, que quien cumpla los requisitos referidos para obtener el subrogado podrá solicitar al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la libertad condicional, acompañando la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario, copia de la cartilla biográfica y los demás documentos pertinentes, los que deberán ser entregados a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes.

Recibida la solicitud, el Juez o la Jueza de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad resolverá dentro de los ocho (8) días siguientes, mediante providencia motivada en la cual se impondrán las obligaciones referidas, cuyo cumplimiento, como se advirtió, se garantizará mediante caución.

El tiempo necesario para otorgar la libertad condicional se determinará con base en la pena impuesta en la sentencia. Así mismo, la reducción de las penas por trabajo y estudio, al igual que cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse.

Como puede apreciarse, para que el funcionario o la funcionaria judicial pueda conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional, debe verificar tanto factores objetivos que se refieren, en ambos casos, al quantum de la pena y al cumplimiento parcial de aquélla en el evento de la libertad

condicional, como factores relacionados básicamente con antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado así como la modalidad y gravedad de la conducta, en un caso, y la buena conducta en el establecimiento carcelario en el otro, que le permitan deducir o sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena o de una parte de ella.

De manera que, “una vez demostrados los requisitos correspondientes, al condenado le asiste un verdadero derecho al subrogado penal, y su otorgamiento, por tanto, no podrá considerarse como una gracia o favor que dependa del simple arbitrio del juez”⁶².

Hay que anotar, que la legislación penal contempla una medida adicional para quienes se encuentren aquejados por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, se trata de la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave”, la cual consiste, no en una medida de seguridad o en un subrogado penal, sino en la necesidad para el condenado de cumplir la ejecución de la pena privativa de la libertad en su residencia o centro hospitalario determinado por el INPEC o por él mismo –caso en el cual los gastos correrán por su cuenta-, cuando se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Es necesario precisar que para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Finalmente, se recuerda que la ley 1142 de 2007, mediante el artículo 32 señaló una serie de exclusiones de beneficios en el

⁶²Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS

siguiente sentido: "No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores."

2.4.1.2. Pena Pecuniaria: Multa

A la pena principal de prisión, el legislador previó la posibilidad de que se una la multa, sanción de carácter pecuniario, a favor del tesoro público –lo que evidencia que la infracción también afecta al Estado aunque sea contra individuos-, en particular, destinada a los rubros del Tesoro Nacional encargados de la prevención del delito y fortalecimiento de la estructura carcelaria, cuyos elementos también deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste. La Corte Constitucional conceptuó en torno a la naturaleza de la multa en el siguiente sentido: "(...) Ciertamente, el origen de la multa es el comportamiento delictual del individuo, no su capacidad transaccional, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario, sino la represión de la conducta socialmente reprochable"⁶³. La multa se consigna en una cuenta especial a nombre del Consejo Superior de la Judicatura.

Los criterios señalados por el legislador para imponer, graduar el monto y determinar la modalidad de multa por un ilícito están consignados en los artículos 39 y siguientes del Código Penal - Ley 599 de 2000-. La norma cataloga los tipos de multa, que se

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

clasifican según el monto de la misma, calculado de acuerdo con las tablas de unidad de multa. Adicionalmente, la normativa regula la determinación del monto, la acumulación de las multas, la forma de pago, la amortización del pago y la posibilidad de convertirla en arresto. Concretamente, el artículo 39 dispone que la multa puede aparecer como pena acompañante de la pena de prisión o como unidad progresiva por unidad de multa⁶⁴.

Para efectos más ilustrativos, pero, teniendo en cuenta que el Código es muy explícito y ampuloso en su explicación, no está de más mencionar que, el referido artículo 39 del Estatuto Penal, parte de considerar seis (6) subreglas que regulan lo referido a la multa, así:

La primera contempla una especie de clasificación de las multas, explica que ésta puede aparecer como acompañante de la pena de prisión –como se mencionó- caso en el cual, cada tipo –como sucede en la mayoría-, consagrará el monto que no podrá superar la suma de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la pena. La multa también puede aparecer como modalidad progresiva de “unidad multa” –segunda forma-, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.

Respecto de esta segunda modalidad de multa, el Código ocupa tres numerales, explicando que la unidad multa será de tres grados: el primero en el cual la unidad multa equivale a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (en adelante smmlv) de suerte que a quien se le imponga una unidad multa, la sanción concreta entre una (1) y diez (10) unidades multa y ella se impondrá sólo a quienes hayan percibido ingresos promedio en el último año, hasta de diez (10) smmlv.

⁶⁴Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

El segundo grado de unidad multa equivale a diez (10) smmlv, entonces la multa concreta oscilará entre una (1) y diez (10) unidades multa. En este grado se ubican quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

Finalmente, el tercer grado de unidad multa equivale a cien (100) smmlv y la multa concreta multa oscilará entre una (1) y diez (10) unidades multa, teniendo en cuenta que en este grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) smmlv.

Hay que resaltar que dentro del listado punitivo que recoge el Estatuto Penal, sólo los artículos 191, 198, 204 y 242 acogen la multa en la segunda modalidad, es decir, señalan como pena la unidad multa. El artículo 191 indica: "Violación en lugar de trabajo. Cuando las conductas descritas en este capítulo [capítulo VI, Título III Delitos contra la libertad individual y otras garantías] se realicen en un lugar de trabajo, las respectivas penas se disminuirán hasta en la mitad, sin que puedan ser inferior a una unidad multa" (subraya fuera del texto).

El artículo 198, por su parte señala: "Violación de la libertad de trabajo. El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona, incurrirá en multa" (subraya fuera del texto).

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobreponer las diez (10) unidades multa" (subraya fuera del texto).

El artículo 204 del Estatuto Penal prescribe: "Irrespeto a cadáveres. El que sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto, incurrirá en multa.

Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa" (subrayado fuera del texto).

Finalmente, el artículo 242 del Código Penal, indica "Circunstancias de atenuación punitiva [del hurto]. La pena será de multa cuando:

1. El apoderamiento se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor de veinticuatro (24) horas. Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, sin que pueda ser inferior a una (1) unidad multa" (subraya fuera del texto).

Así, quedan sentados los escasos supuestos en los cuales el legislador previó la unidad multa.

Continuando con el orden propuesto, el artículo 39 en comento, desarrolla una segunda subregla sobre la multa que se refiere a su "determinación" en el sentido que debe ser fijada por el Juez o la Jueza de forma motivada y atendiendo el daño causado y la intensidad de la culpabilidad, es decir, sin soslayar bajo ninguna circunstancia el principio de proporcionalidad que en el caso de la multa tiene un plus o agregado, dado que la persona encargada de imponer la pena debe el valor del objeto del delito o del beneficio reportado por el mismo, así como la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

Más adelante, el artículo bajo examen hace claridad frente a la situación de la multa cuando se presenta un concurso de conductas punibles o acumulación de penas, donde se presenta la cuarta subregla, tema que será abordado en el capítulo posterior. Las siguientes dos subreglas, amortización a plazos y amortización mediante trabajo, son expuestas de esta forma: la primera constituye una posibilidad que el Juez o la Jueza podrá admitir, previa demostración por parte del penado de su incapacidad material para sufragar la pena en un único e inmediato acto, señalando plazos para el pago, o autorizando dividir el mismo en cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años. Cabe anotar que la multa podrá fraccionarse en cuotas cuyo número no podrá exceder de veinticuatro (24), con períodos de pago no inferiores a un mes.

Finalmente, la amortización mediante trabajo, alternativa que se encuentra en el mismo sentido que la amortización a plazos, constituye una medida que el juez o la jueza podrá autorizar cuando el condenado o condenada acredite la imposibilidad de pagar y presente su acuerdo frente a la medida, que consiste en el pago de la multa impuesta a través de trabajos no remunerados en asuntos de inequívoca naturaleza e interés estatal o social.

Para estos casos la unidad de multa equivale a quince (15) días de trabajo y en su ejecución, según el mismo artículo 39 CP, se deben observar una serie de reglas a saber:

- “1) Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas.
- 2) Se preservará en su ejecución la dignidad del penado.
- 3) Se podrán prestar a la administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o

comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.

4) Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.

5) Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.

6) Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.

En los eventos donde se admita la amortización de la multa por los sistemas de plazos o trabajo, el condenado suscribirá acta de compromiso donde se detallen las condiciones impuestas por el juez”.

Ahora bien, en el supuesto en el que el o la condenada a pesar de habersele sido impuesta pena privativa de la libertad y multa, se sustrajere al pago de la misma, ya por medio del incumplimiento instantáneo o de cualquiera de las formas de amortización, se dará traslado del asunto a los jueces de ejecuciones fiscales para efectos de que desarrollem el procedimiento de “ejecución coactiva de la multa”, procedimiento que también aplicará cuando en una misma sentencia se impongan las diferentes modalidades de multa.

Sobre el particular, la Corte se pronunció concluyendo que las formas de multa previstas en la Ley 599 de 2000 no vulneran el derecho a la igualdad dado que “(...) la capacidad o incapacidad de pago del individuo no es irrelevante –por el contrario, es indispensable- para determinar el monto de la multa, así como su forma de pago e incluso, la posibilidad de amortizarla mediante trabajo o, en casos extremos, de convertirla en arresto de fin de

semana”⁶⁵, de tal suerte que el Juez o la Jueza penal debe atender la capacidad económica del condenado no sólo al momento de determinar su valor, sino también al momento de efectuar su pago, pudiendo acudir a diferentes alternativas ante la demostrada incapacidad económica del mismo⁶⁶.

2.4.1.3. Privativas de otros derechos

Aunque como generalidad, son la pena privativa de la libertad de prisión y la pecuniaria de multa las sanciones que se imponen como principales, el legislador previó la posibilidad que las penas privativas de otros derechos obren como accesorias o principales, según como lo contemple el mismo Estatuto Penal con la claridad que, por regla general serán accesorias a menos que la ley disponga otra cosa. Sin embargo, sean principales o accesorias, el artículo 43 del Código en comento, enumera nueve (9) tipos de pena como privativas de otros derechos, cuyas características, por efectos organizativos del texto, se observarán en el acápite correspondiente a las “Penas Accesorias”.

Por ahora baste decir que la diferencia primordial, cuando se imponen como accesorias o principales, radica en la duración, pues en el primer supuesto, su cumplimiento inicia al terminar la privativa de la libertad, mientras en el segundo, no se extiende más allá del tiempo de sí misma, por fungir como pena principal.

2.4.2. PENAS SUSTITUTIVAS

Conforme el referido artículo 34 de la Ley 599 de 2000 que trata de la división de las penas, surge la posibilidad de que las penas sean también sustitutivas, es decir, que reemplacen a las penas

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005 M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 2005. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL

principales de privación de la libertad de prisión, pecuniaria de multa o privativas de otros derechos cuando se impongan como tales. En desarrollo de esta posibilidad, el artículo 36 del Estatuto Penal señala como penas sustitutivas la prisión domiciliaria, para la pena de prisión, y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido, para la multa.

2.4.2.1. Prisión Domiciliaria

Constituye la posibilidad que tiene el condenado o la condenada a pena privativa de la libertad de prisión, de cumplir la sanción en el lugar de residencia o morada, o en su defecto en el lugar que el Juez o la Jueza determine, excepto en los casos en que la persona sentenciada pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los presupuestos indicados en el artículo 38 del Estatuto Penal, que en principio son tres (3): que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos; que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez o Jueza deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena y tercero, que se garantice mediante caución el cumplimiento una serie de obligaciones:

- 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.
- 2) Observar buena conducta.
- 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo.
- 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello.

5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC.

Así se encuentra que la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, se encuentra compuesta por dos tipos de requisitos diferentes: uno objetivo, referente a que la pena mínima prevista en la ley para el delito por el que se procede debe ser inferior a cinco (5) años de prisión, y otro de carácter subjetivo que corresponde a la misión del funcionario o funcionaria judicial de establecer que en virtud al desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado o sentenciada, no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. “Este requisito en particular, hace necesario que el Juez o Jueza, al momento de decidir sobre el otorgamiento de la prisión domiciliaria, ponderen la gravedad de la conducta, pues a partir de ello se puede pronosticar que el procesado no colocará en peligro a la comunidad ni evadirá el cumplimiento de la pena”⁶⁷.

Con la expedición de la Ley 1142 de 2007 (art. 31), el control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), organismo que debe adoptar mecanismos de vigilancia electrónica o de visitas periódicas a la residencia del penado, entre otros, para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de Febrero de 2007. Rad. 25726. M.P.: MARINA PULIDO DE BARÓN.

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundamentalmente aparezca que el sentenciado o sentenciada continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión. Asimismo, transcurrido el término privativo de la libertad contemplado en la sentencia, se declarará extinguida la sanción.

Sumado a lo anotado, las personas que administran justicia en materia de juzgamiento y ejecución de penas y medidas de seguridad, deben tener presente la circunstancia presentada con al expedición de la Ley 750 de 2002 (por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial, en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario), la cual en su artículo primero indicó que “La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar” (subrayado fuera del texto).

Para que se lleve a cabo esta medida deben satisfacerse tres (3) requisitos a saber: 1) que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente; 2) que las autoras o partícipes no hayan sido condenadas por los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos, y 3) que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en el mismo artículo en comento:

- 1) Cuando sea el caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia.
- 2) Observar buena conducta en general y en particular respecto de las personas a cargo.
- 3) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerida para ello.
- 4) Permitir la entrada a la residencia, a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y cumplir la reglamentación del INPEC.

El seguimiento y control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez o Jueza, autoridad competente o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia con apoyo en el INPEC, organismo que adoptará entre otros un sistema de visitas periódicas a la residencia de la penada para verificar el cumplimiento de la pena, de lo cual informará al despacho judicial respectivo.

No obstante, la claridad de la norma, la Corte Constitucional ha ahondado en la discusión dando una definición o concepto de lo que se entiende por “mujer cabeza de familia” arguyendo que será “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar”⁶⁸, situación que, para efectos

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-184 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

procesales, debe declarar ante notaría –sin más formalidades jurídicas- por virtud de la importancia de constituir una prueba, tanto cuando adquiera dicha calidad como cuando la pierda.

Ha insistido la Corte en que, con la categoría “mujer cabeza de familia” se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, así como la protección de la familia. De igual forma, se cumple con las exigencias de resocialización, puesto que para muchas de las personas objeto de esta medida la permanencia en un centro de reclusión puede, en lugar de ayudar a este propósito generar, el efecto contrario. Cumplir la condena junto a los suyos, es un ambiente más propicio para reintegrar a la persona condenada al seno de la sociedad⁶⁹.

Adicionalmente, la Corte en el mismo fallo, señaló que el derecho consignado en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 puede cobijar también a los padres con hijos menores o impedidos que, de hecho, se encuentran en la misma situación que los hijos de una mujer cabeza de familia, cuando ello sea necesario para proteger, en las circunstancias del caso, el interés superior del menor o del hijo impedido, luego, esta medida se justifica tan sólo en aquellos casos en que los derechos de los menores podrían verse efectiva y realmente afectados. “No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos. El hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento”⁷⁰.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Sin embargo, el fallo de la Corte no estatuyó un derecho que se pueda invocar per se en todos los casos, serán los Jueces o las Juezas quienes en cada evento deberán analizar, a partir de un acervo probatorio pertinente y suficiente, las condiciones específicas del caso así como su contexto, para adoptar la determinación de si se concede o no el derecho, en el interés superior del menor o del hijo impedido, no del padre o la madre. Así mismo, son los funcionarios y las funcionarias judiciales los y las responsables de la verificación del cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la prisión domiciliaria⁷¹.

2.4.2.2. Arresto de Fin de Semana convertible en Arresto Ininterrumpido

Penal sustitutiva que opera, en esencia, en cuatro casos: 1) cuando el condenado no pagare; 2) cuando opte por la figura de la amortización voluntaria de la pena de multa; 3) cuando habiendo pactado sistema de amortización lo incumpliera y 4) en el evento de la unidad multa donde la pena se convertirá en arresto de fin de semana. Cada unidad multa equivale a cinco (5) arrestos de fin de semana.

En cuanto al tiempo, manifiesta el Código Penal en su artículo 40 que la pena sustitutiva de arresto de fin de semana oscilará entre cinco (5) y cincuenta (50) arrestos de fines de semana y una duración equivalente a treinta y seis (36) horas y su ejecución se llevará a cabo durante los días viernes, sábados o domingos en el establecimiento carcelario del domicilio del arrestado.

Como en las demás penas sustitutivas y subrogados penales, hay sanciones frente al incumplimiento de los compromisos o

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

deberes adquiridos tras la medida, para el caso concreto, el incumplimiento injustificado, en una sola oportunidad, por parte del arrestado, dará lugar a que el juez o la jueza que vigila la ejecución de la pena decida que el arresto se ejecute de manera ininterrumpida. Cada arresto de fin de semana equivaldrá a tres (3) días de arresto ininterrumpido.

Finalmente, no está demás mencionar la aclaración contenida en la Ley Penal, artículo 40 inciso final, en el sentido que el condenado sometido a responsabilidad personal subsidiaria derivada del no pago de la multa, podrá hacer cesar la privación de la libertad, en cualquier momento en que satisfaga el total o la parte de la multa pendiente de pago.

2.4.2.3. Sistemas de Vigilancia Electrónica

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1142 de 2007 se incluyó en la legislación penal una tercera modalidad sustitutiva de la pena, que en concreto opera como una segunda pena sustitutiva de la pena de prisión. Se trata de los Sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión, contenidos ahora en el artículo 38A del Código Penal que pueden ser ordenados por el Juez o la Jueza de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero, que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión; segundo, que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores; tercero, que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez o Jueza deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. También se

precisa que se debe realizar el pago total de la multa, al igual que todos los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez o Jueza deben ser reparados, y finalmente, como sexta condición, que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso:

- “a) Observar buena conducta;
- b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena;
- c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida;
- d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.”

El Decreto 177 de enero de 2008 desarrolla esta modalidad de pena, agregando a lo mencionado, que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, determinará la necesidad de someter a la población condenada que se encuentre en modalidad distinta a la reclusión en centro penitenciario, a los sistemas de vigilancia electrónica y que en ningún caso podrá extenderse el beneficio de que trata el presente decreto a quienes se hayan acogido a la Ley 975 de 2005.

Así mismo, el decreto menciona cuáles son los diferentes mecanismos de vigilancia electrónica –seguimiento Pasivo RF, el Seguimiento Activo GPS y el Reconocimiento de Voz– también podrán –cuyos costos podrán ser asumidos voluntariamente por el

destinatario, siempre que le hayan sido otorgados y autorizados por la autoridad judicial competente.

Resta por advertir que los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la pena de prisión, no operarán, bajo ninguna circunstancia, cuando se trate de delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

2.4.3. PENAS ACCESORIAS

Como se había anunciado en el acápite de las penas privativas de otros derechos, cuando son principales, las mismas, pueden ser impuestas como accesorias, esto es, adicionales a la pena principal, aunque sólo podrán imponerse cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, porque el autor o autora abusó de ellos o facilitó su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena. Lo anterior conforme el artículo 52 del Código Penal que desarrolla lo relativo a las penas accesorias.

El artículo 43 del Estatuto Penal es el que contempla las penas privativas de otros derechos diferentes a la libertad –sean como principales o como accesorias-, indicando un total de nueve (9):

“1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

2. La pérdida del empleo o cargo público.
3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.
4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros”.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, estatuida en el artículo 44 penal, consiste en la privación de la que sufre el condenado o la condenada para ejercer derechos políticos, en particular, la facultad de elegir y ser elegido, ejercer funciones públicas, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.

Como circunstancia relevante en tratándose de este tipo de pena hay que resaltar que la misma se consagra en todo caso, es decir, la pena de prisión siempre conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley que según el artículo 51 penal será de veinte (20) años.

No obstante, se configura un especie de régimen especial para los servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, para quienes, según reza el inciso segundo del artículo 51

del Código Penal, se aplicará lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, esto es “no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado”.

En virtud a que esta pena conlleva la privación de los llamados “derechos políticos”, debe explicarse el debate que se ha suscitado en torno a la privación del derecho al sufragio que implica una suspensión de la ciudadanía, es decir, el hecho de que la pena se refiera a la imposibilidad para el condenado o condenada de ejercer derechos políticos tiene de suyo la prohibición para ejercer el sufragio.

Profundizando en la privación de derechos políticos, entre ellos el sufragio, hay que decir que éste no es el único, son derechos políticos también, el de ser elegido, el de desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, el de participar en referendos y plebiscitos, el de ejercer acciones públicas como presentar demandas de inconstitucionalidad, todos los cuales están en cabeza de los nacionales, quienes los pueden ejercer únicamente a partir de la adquisición de la ciudadanía. No obstante, ha manifestado la Corte Constitucional que ninguno de estos derechos es de carácter absoluto, y como se dijo, para ejercerlos se requiere haber adquirido la calidad de ciudadano, la cual solamente se obtiene cuando se han cumplido los requisitos de nacionalidad y edad establecida por el legislador (18 años). Además, se requiere que aquella no haya sido suspendida⁷².

Esta última expresión en torno a la suspensión de la ciudadanía constituye la justificación de raigambre constitucional

⁷²Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. M.P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

que se esgrime para privar de derechos políticos a los condenados y las condenadas, pues si bien el artículo 40 Superior señala que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" y para hacer efectivo este derecho, puede elegir y ser elegido, entre otras facultades ya mencionadas; sin embargo, a su vez, los artículo 98 y 99 de la Carta indican respectivamente: "La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley" (artículo 98) y "La calidad de ciudadano en ejercicio es condición indispensable para ejercer el derecho al sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción" (artículo 99) (subrayados fuera del texto).

De lo anterior se concluye que si bien la ciudadanía con todas sus implicaciones es una calidad que se adquiere para todas las personas una vez cumplen la mayoría de edad, la Constitución permite que se suspenda en virtud de decisión judicial, como es por ejemplo, el presente caso, en que ella se produce a título de pena por la comisión de un delito, por medio de sentencia debidamente ejecutoriada⁷³.

Vale la pena recalcar que las personas que se encuentran detenidas, es decir, que aún no han sido condenadas, merecen todas las garantías y la protección del Estado para ejercer el derecho al sufragio, diferencia diametral con las personas condenadas, derecho que es fundamental y de aplicación inmediata, siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la Constitución y la ley para tal efecto.

Al analizar artículo 57 de la ley 65 de 1993, que permite a los

⁷³Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. M.P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

detenidos, no a los condenados, ejercer el derecho al voto, la Corte en sentencia C-394 de 1995 adujo:

“El artículo 57, referente al derecho al voto de los detenidos, es de claridad manifiesta: Si el detenido reúne los requisitos que exige la ley, podrá ejercer el derecho al sufragio en su respectivo centro de reclusión. El punto más controvertido por el actor es el de prohibir el proselitismo político al interior de las cárceles y penitenciarías, tanto de extraños como de los mismos internos. El proselitismo político es una manifestación de normalidad, no de excepción. Lo anterior no impide que pueda expresar el detenido, a otros, sus creencias íntimas acerca del devenir de la política. Lo que se prohíbe es el activismo proselitista público, es decir, la arenga, el tumulto, el debate propio de la plaza pública al interior de las cárceles y penitenciarías, porque riñe con la disciplina. Se repite que lo anterior no afecta el derecho que asiste a un recluso de profesar una ideología política o de militar en un partido o movimiento, ni tampoco la prudente transmisión de un contenido filosófico o doctrinario. Lo que se entiende aquí por proselitismo, es el convertir a las cárceles en un foro abierto y beligerante que pueda llevar al desorden. Los derechos políticos se tienen siempre, pero su ejercicio puede estar limitado y restringido en casos especiales por la Constitución y la ley, como es el de las cárceles. En otras palabras, la cárcel no es propicia para la agitación política, sino para la reflexión. Por tanto, en la norma acusada no se afectan ni la libertad de pensamiento ni la comunicabilidad natural de los hombres; simplemente se prohíben ciertas manifestaciones exteriores, en aras de la disciplina. Por ello será declarada exequible⁷⁴. (Subrayado fuera del texto)

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

En adición a lo anterior y en relación con otro tipo de derecho, no sobra recordar que en ningún momento la pena conlleva la pérdida del derecho de petición en cabeza del condenado, y, en consecuencia, “éste puede dirigir solicitudes respetuosas, en su propio interés o en interés colectivo a las autoridades del respectivo establecimiento carcelario, a las del INPEC o a otras, y todas ellas tienen la obligación correlativa de darles trámite y de responder al interno con la prontitud que establecen el artículo 23 de la Constitución y el Código Contencioso Administrativo”⁷⁵.

Por último, debe agregarse que quienes hayan sido sancionados con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas pueden solicitar la rehabilitación, de conformidad con el artículo 98 superior. En este sentido, el artículo 92 del Código Penal actual agrega que la rehabilitación de derechos afectados por una pena privativa de los mismos –cualquiera que fuese–, cuando se imponga como accesoria, operará conforme una serie de criterios previstos en ese artículo entre los que se destacan el que debe haber transcurrido el término de la sentencia o antes del mismo cuando la persona haya observado intachable conducta personal, familiar, social y no haya evadido la ejecución de la pena. En ambos casos debe allegar la documentación que allí se exige.

En cuanto a la duración de pena en mención, vale decir que “para las personas que desde el 25 de julio del 2001 hayan cometido delitos sancionados con prisión, está prevista como obligatoria la inhabilitación, que se cumple de hecho, es decir, fuera del derecho, mientras se paga la de prisión, y, culminada esta, comienzan a correr los términos fijados para ella en la sentencia, hasta por un plazo máximo de veinte (20) años”⁷⁶.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-490 de 1998. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de Abril de 2006. Rad. 24687. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

La pérdida del empleo o cargo público, que podría entenderse recogida en la pena anterior, además de lo previsto en aquella, inhabilita al penado hasta por cinco (5) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial, luego esta pena sólo será imponible a quienes en el momento de la comisión del hecho punible ejercen una función pública y como consecuencia se cumple el presupuesto general de las penas accesorias cual es que sólo aplican si están en relación directa con el hecho cometido.

Por su parte, distanciándose de las disposiciones anteriores, la "inhibición para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio" consiste en la prohibición del ejercicio de cualquiera de esas actividades siempre que la infracción se cometa con abuso en ejecución o contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven, luego esta pena se impone a quienes en desarrollo de su oficio infrinjan la ley penal como el caso de los médicos cuando son encontrados culpables por actividades propias de su profesión, entre otros. Esta pena tendrá una duración de entre seis (6) meses y quince (15) años.

La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría consagrada en el artículo 47 del Código Penal, priva al condenado o condenada de los derechos inherentes a la primera - patria potestad-, y comporta la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento de dichos cargos durante el tiempo de la condena. Hay que recordar que esta disposición requiere ser armonizada con el derecho civil y en ese sentido, dejar claro que la tutela hace referencia a la representación legal de quien por ley se considera incapaz, y la curaduría se relaciona con la administración de los bienes de quien, por alguna circunstancia no puede ejercerla.

Acerca de la patria potestad en particular, la Corte Suprema de Justicia se pronunció recalando que para su imposición no se requiere de ninguna [pena] principal. En vigencia de la legislación anterior constituía tradición en la jurisprudencia de la Corte, que hoy en día aparece integrada a la normatividad, que la imposición de una pena accesoria como lo es la suspensión de la patria potestad debe tener una motivación específica, consistente en la demostración de una relación directa con la conducta punible, además de que su aplicación debe consultar los fines y funciones de la pena⁷⁷. Esta pena durará entre seis (6) meses y quince (15) años.

La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, prevista en el artículo 48 del Estatuto Penal, inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia y complementa el artículo 51 en su inciso 5 en cuanto a su duración, que ésta será entre seis (6) meses y quince años (15). Este es el caso, por ejemplo, de quienes cometan delitos con ocasión de accidente de tránsito.

Adicionalmente, el código señala la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, de gran recurrencia, por ejemplo, entrándose de porte ilegal de las mismas. La imposición de esta pena inhabilitará al condenado o condenada para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia, lo cual, conforme el artículo 51 inciso 6 será entre uno (1) y quince (15) años.

Finalmente, el ordenamiento jurídico penal consagra la pena de privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares. La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares, la cual impide la persona condenada volver

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de Mayo de 2003. Rad. 15627. M.P.: HERMAN GALÁN CASTELLANOS

al lugar en que haya cometido la infracción, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

Respecto de ésta última sanción penal, ha dicho la Corte Constitucional que no constituye una forma de destierro aunque si se clasifica dentro de las penas restrictivas de la libertad –diferentes de la privativa de la libertad-. Arguye el Tribunal Constitucional que lo que se busca con esta clase de sanciones es que "el delincuente no resida, al menos por algún tiempo, en la región donde cometió la infracción penal o donde habita la víctima o sus parientes, con el objeto de evitar nuevos hechos criminales de aquel o la represalia de estos"⁷⁸. En efecto, "conviene la pena restrictiva del domicilio cuando en el mismo lugar residen el ofendido y el sentenciado, hecho que frecuentemente ocasiona nuevas fricciones susceptibles de convertirse en hechos punibles"⁷⁹.

La finalidad de esta pena es constitucional, a modo de ver de la Corte, en la medida en que con ella se está protegiendo a los habitantes de Colombia en su vida y honra (deber consagrado en el artículo 2º constitucional, y derechos estipulados en los artículos 11, y 21), a través de la protección a la familia, núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42 constitucional), cuando se trata de delitos cometidos en el núcleo familiar⁸⁰.

Por último, una de las finalidades es proteger la vida del condenado, puesto que debido a la comisión del delito puede existir una indisposición de la comunidad en la cual se encontraba localizado en el momento de la comisión del hecho punible. Este fin, arriba señalado, también es constitucional en términos del artículo 11 de la Carta⁸¹.

⁷⁸ REYES Echandía, Alfonso. La punibilidad. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, p. 71, citado en: Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA

⁷⁹ PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, Partes General y Especial. Tomo II. Temis, Bogotá, 1982, p. 136, citado en: Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

2.5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La prescripción de la acción penal es una figura que se produce por el paso del tiempo y por la imposibilidad o incapacidad del investigador de reunir la prueba necesaria para fundamentar en ella las decisiones necesarias dentro del proceso, situación que como consecuencia, genera la falta de interés del Estado en sancionar dicha conducta, tanto por la dificultad creciente del recaudo de pruebas como por el olvido general del agravio que se intenta sancionar. La Corte Constitucional la ha explicado de la siguiente manera:

"la cesación que el Estado hace de su potestad punitiva por el cumplimiento del término estipulado en la ley. Diferentes circunstancias relacionadas con el paso del tiempo, justifican la interrupción de la actividad judicial: la pérdida de interés social para imponer una sanción al delincuente, la dificultad en conseguir pruebas de la culpabilidad o la inocencia y la injusticia de mantener a una persona indefinidamente sujeta a las consecuencias de la acción penal, más aún cuando la propia Constitución consagra el principio de presunción de inocencia (C.P. art. 29), y la prohibición de las penas y medidas de seguridad imprescriptibles (C.P. art. 28)"⁸².

Algunos consideran incluso que cuando se produce la prescripción de la acción penal ya ni siquiera es útil ni necesaria la pena puesto que se estima que el procesado, de ser el responsable, ya se ha redimido, lo cual se evidencia en que transcurrido aquel término no ha vuelto a delinquir. Otros fundamentan la ausencia de necesidad de imponer una pena con la teoría de la "expiación moral o indirecta", según la cual, el tiempo de la prescripción ha sido útil y

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1995. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

eficaz para que el delincuente se arrepienta de su delito, siendo suficiente pena la incertidumbre sufrida durante dicho lapso, amplio por cierto, y que sancionar, no obstante el paso del tiempo, sería atentar contra el principio del non bis in idem.

El punto que se aborda se problematiza cuando se habla de la forma en que ha de valorarse el término de la prescripción de la acción en el sistema jurídico penal colombiano. El actual Código Penal (Ley 599 de 2.000), otorga un tratamiento similar al contenido en legislaciones anteriores como el Código de 1980, en cuanto a la forma en que ha de contarse el término prescriptivo de la acción penal (una vez transcurrido el término señalado en la ley como máximo para la sanción -término en cuya cuantía se debía tener en cuenta las circunstancias de atenuación y de agravación de la pena-). Sin embargo, se introducen si importantes variaciones a la forma en que ha de individualizarse la pena para cada situación, lo que permite ubicar con mayor precisión cuál es realmente el máximo de la pena señalada en la ley, habida consideración de las circunstancias de atenuación o agravación a tener en cuenta. El sistema actual de determinación de mínimos y máximos dentro de los que se debe mover el funcionario o la funcionaria judicial tiene incidencia definitiva en la identificación del término de prescripción de la acción penal.

No es realmente el máximo de la pena contenido en la ley, sino el máximo de la pena impuesto en la ley, pero atendiendo las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, el que determina el momento de la prescripción de la acción penal, lo cual es posible por cuanto se cuenta con un método que permite limitar los máximos de acuerdo con la presencia de las distintas circunstancias que modifican la pena (el margen de movilidad que tiene el juez para imponer la pena se divide en cuartos): así, si sólo

concurren circunstancias de atenuación, el máximo de pena imponible, según lo determinado por la ley (artículo 61) es el máximo del primer cuarto; pero si concurren circunstancias tanto de atenuación como de agravación, el máximo de la pena, y por lo tanto el término de prescripción, lo dará el tercer cuarto de movilidad del juez (el primer cuarto, sumado los dos cuartos medios); y si sólo concurren circunstancias de agravación, el máximo de la pena será el mismo que señala la norma incriminatoria como máximo de la pena, vale decir, el término de prescripción coincide con el límite máximo del último cuarto. Sobre el punto específico del sistema de cuartos se volverá más adelante.

Ahora bien, no puede desconocerse que el artículo 83 del Estatuto Penal, en su inciso 4º, advierte que “Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad”, siendo ahora la dificultad identificar cuáles son las causales “sustanciales” modificadoras de la punibilidad. En principio, y tal vez pecando por simplismo, habría que decir que sustanciales son las que no son procesales. En este orden, circunstancias “procesales” modificadoras de la punibilidad serían solamente la confesión, la aceptación unilateral de cargos o la colaboración eficaz, siendo todas las que se consignan en distintas normas del Código Penal (sustancial), circunstancias sustanciales modificadoras de punibilidad –sobre las que se cavilará más adelante-, tanto las que la agravan como las que la atenúan, y las genéricas como las específicas.

Aunque en general, en ningún caso la prescripción será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), es preciso volver sobre las partes del artículo 83 penal que contienen cláusulas relevantes o excepcionales en materia de prescripción, por ejemplo la adición que hace la Ley 1154 de 2007 en el sentido de que cuando se

trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Sumada a esta excepción en el término general de prescripción, se encuentran la reglas que indican que en las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años; la que indica un aumento en el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior; la que señala como término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, treinta (30) años y finalmente, la regla por virtud de la cual al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se le aumentará en una tercera parte. “En otras palabras, el aumento de la tercera parte no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte siempre se predica del término de prescripción”⁸³.

Frente a este último punto, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, y en su lugar sostiene que “en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Agosto de 2004. Rad. 20673. M.P.: ÉDgar LOMBANATRUJILLO.

libertad, o que la pena máxima de prisión —si la hubiere— fuere inferior a cinco años”⁸⁴.

No sobra explicar que, acorde con lo anterior, al tenor de los incisos 1º y 5º del artículo 83, al máximo de pena privativa de la libertad previsto en la ley, primero se le suma la tercera parte y luego sí se divide por dos. A modo de ejemplo, partiendo de un máximo de ocho años (96 meses), se aumentará una tercera parte, lo que dará 128 meses que al dividirse por dos, dará un guarismo de 64 meses, esto es, cinco (5) años y cuatro (4) meses⁸⁵.

En cuanto al momento de iniciación del término de prescripción de la acción, el artículo 84 penal señala que éste varía según el tipo de conducta de que se trate, es decir, en las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación, mientras que, en tratándose de conductas punibles de ejecución permanente —por ejemplo la desaparición forzada- o en las que sólo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto, por su parte, en los tipos penales de carácter omisivo el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar y finalmente, cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

Adicionalmente, es necesario recordar lo señalado en el artículo 86 del Estatuto Penal, relativo a la interrupción y suspensión del término de prescripción conforme el cual, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación (con la Ley 600 de 2000 se daba con la resolución acusatoria). Ahora, una

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Agosto de 2004. Rad. 20673. M.P. ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de Diciembre de 2001. Rad. 13774, M.P. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

vez producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 mencionado. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10). Esta precisión es importante, dado que en virtud al desarrollo que tenía el anterior momento de interrupción (resolución acusatoria), en la práctica se quiso igualar los efectos de ésta a la formulación de imputación, respecto de lo cual la Corte Suprema dejó claro lo siguiente:

“(...) no existe parámetro legal alguno que conduzca a pensar que la formulación de imputación prevista en la Ley 906 del 2004 equivalga a la resolución acusatoria reglada en la Ley 600 de 2000 y en el artículo 86 del Código Penal [anterior a la modificación que hiciera la Ley 840 de 2004]. Y no solo no existe, sino que todo indica que incluso en el sistema y esquema de la nueva normatividad son actos procesales diversos, porque en este son diferentes la formulación de la imputación y la formulación de la acusación, en tanto que en la Ley 600 del 2000 no existe la primera, aunque sí la segunda, pero con características diferentes”⁸⁶.

Finalmente, vale argüir que la prescripción se presenta también como un derecho a partir de considerar que el Estado a través de sus organismos de investigación tiene la posibilidad limitada en el tiempo de inmiscuirse en la vida privada de las personas y de restringirle ciertos derechos de cara a la sanción penal, de lo cual se desprende que, como derecho, es merecedor de ser interpretado dentro de unos principios que orientan su aplicación como son el favor rei, la interpretación pro homine, y el favor libertate. En ese sentido, se incorpora también en el debido proceso, que se concreta en que el Estado tiene un término preciso y

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de Marzo de 2006. Rad. 24300. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

perentorio en el que debe investigar y sancionar las conductas punibles de tal suerte que de no lograrlo debe, por vía de reconocimiento de prescripción, reconocer su fracaso.

2.6. PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL

Tema más específico ha sido el contemplado en el artículo 89 del Código Penal, relativo al término de prescripción de la sanción penal, en virtud del cual “la pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años”.

A propósito de la salvedad referida a las disposiciones de imprescriptibilidad que pueden tener instrumentos internacionales, vale decir que Colombia no ha ratificado la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Tampoco ha previsto la posibilidad de declarar ciertos crímenes como imprescriptibles como sí lo han hecho las Cortes Supremas de Chile y Argentina, por ejemplo, en virtud, principalmente a la cláusula consagrada en el artículo 28 Superior cuyo tenor reza “En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

Ello, a pesar de la disposición prevista en el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional vigente en Colombia a partir de 2002, mediante acto legislativo 2 de 2001 según el cual Colombia puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal internacional en los

términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998, artículo conforme el cual los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

No obstante, la misma reforma constitucional advirtió que "La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto Romano con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él", con lo cual se reservó la posibilidad para Colombia la posibilidad de mantener al margen de la eficacia judicial cuestiones como la imprescriptibilidad de ciertas penas (cadena perpetua) o la ejecución del condenado.

Finalmente, el artículo penal en comento, indica que la pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años, y luego, el artículo 90 se ocupa de la interrupción del término de prescripción de la sanción penal de prisión explicando que el mismo se interrumpirá de dos maneras a saber: cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud a la sentencia y cuando fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la misma.

En lo referente a la prescripción de la pena pecuniaria de multa es preciso decir que su término prescriptivo, conforme disposición del artículo 91 del Código Penal, se interrumpirá mediante dos formas: a través de la decisión por la cual se inicie el cobro coactivo de la multa o cuando se decida la conversión de la pena en arresto de fin de semana.

2.7. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La extinción de la acción penal consiste en la imposibilidad

fáctica o jurídica que surge en algún momento determinado en el desarrollo de la actividad punitiva del Estado, consecuencia de la cual aquél no puede seguir ejerciendo dicha función. Las causales para que esto suceda se encuentran consagradas en el artículo 82 del Estatuto Penal de la siguiente forma:

- “1. La muerte del procesado.
- 2. El desistimiento.
- 3. La amnistía propia.
- 4. La prescripción.
- 5. La oblación.
- 6. El pago en los casos previstos en la ley.
- 7. La indemnización integral en los casos previstos en la ley.
- 8. La retractación en los casos previstos en la ley.
- 9. Las demás que consagre la ley.”

Ahora, la Ley 906 de 2004, mediante el artículo 77 agregó como causal de extinción la aplicación del principio de oportunidad y la caducidad de la querella frente a la cual es preciso acotar que con antelación se entendía subsumida en la prescripción, dado que la acción penal puede constituirse por denuncia o querella de parte. Este artículo, en aras de armonizar las disposiciones procesales con las sustanciales subrogó de alguna manera el numeral primero del citado artículo 82 del Código Penal dado que consagró la muerte, ya no del procesado sino del imputado o acusado lo que no modifica en esencia el espíritu de la norma pero sí aclara las situaciones procesales que variaron con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal.

De igual forma el artículo en comento del Estatuto Procesal hizo relación a una forma de amnistía distinta de la citada en el artículo aquí transscrito, dado que el numeral tercero de este último habla de

"amnistía propia", mientras que la disposición del Código Procesal Penal se refiere simplemente a la "amnistía", categorías entre las cuales, doctrinaria y tradicionalmente ha habido diferencias, pues la primera se refiere efectivamente a la abolición de la acción penal para perseguir el delito ya cometido, sin abarcar a los ya juzgados definitivamente y es acompañada por la llamada "amnistía impropia" que produce incluso la extinción de la condena judicialmente impuesta, y se apoya en el principio de la retroactividad absoluta de las leyes penales. Así, llamar simplemente "amnistía" a la forma como se quiere significar que puede extinguirse la acción no resulta ser del todo afortunada, y por tanto, es preferible que el funcionario o funcionaria judicial emplee la fórmula propuesta en el Estatuto Penal sustancial.

En adición a lo mencionado es menester precisar que la amnistía es aquella figura que extingue la acción penal pero mantiene vigente la acción civil, procediendo únicamente antes de la ejecutoria de la sentencia. Su reconocimiento –al igual que el del indulto-, cuando es general, debe ser aprobado por los dos tercios de la votación de los miembros de una y otra Cámara en el Congreso de la República y por graves motivos de conveniencia pública (Const. Pol. Art. 50, num. 17.) y por el Gobierno, cuando es particular, por autorización del Congreso (Const. Pol. Art. 201, num. 2).

En lo que tiene que ver con el trámite, el artículo 78 de la Ley 906 de 2004 indica que la ocurrencia del hecho generador de la extinción de la acción penal deberá ser manifestada por la Fiscalía General de la Nación y en su parágrafo manifiesta que "el imputado o acusado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del archivo de la investigación. Si se tratare de solicitud de preclusión, el imputado podrá manifestar su renuncia únicamente durante la audiencia correspondiente".

Una consideración adicional merece hacerse frente a la figura de la “oblación”, causal de extinción de la acción penal que acaece cuando, en tratándose de conducta punible que sólo tenga pena de unidad multa y previa tasación de la indemnización cuando a ello haya lugar, el funcionario o funcionaria judicial pone fin al proceso tras el pago que, de la suma que el juez señale, haga el imputado o acusado, dentro de los límites fijados por el artículo 39 relativo a las reglas de la pena de multa.

Por otro lado, la extinción de la acción penal por “retractación” (art. 82, num.8 CP) tiene una apreciación particular, toda vez que la “retractación” como tal tiene una doble connotación: por un lado como causal de extinción de la acción y por otro como causal eximente de responsabilidad en los delitos contra la honra y el buen nombre. Al respecto el artículo 225 CP señala:

“No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos. No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia”.

“Producida la retractación, no tiene sentido ya iniciar o continuar la acción penal, la cual, por disposición de la ley, se extingue, sin que sea posible, en consecuencia, derivar responsabilidad penal al agente. Sin embargo, ello no implica que se haya excluido su culpabilidad y no altera el carácter antijurídico de

la conducta, pero ha estimado el legislador que ella es indicativa de que no se requiere de la aplicación de la pena y por consiguiente no cabe proseguir el proceso orientado a establecer la responsabilidad jurídico penal por ausencia de necesidad preventiva de sanción penal”⁸⁷.

2.8. EXTINCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL

Así como la extinción de acción implica el fin del proceso, la extinción de la sanción penal se refiere a la expiración de la pena o medida de seguridad impuesta y en ejecución jurídica o jurídica y fáctica. La Ley penal ha contemplado en el artículo 88 CP siete (7) motivos por los cuales se suscita la extinción de la sanción impuesta:

- ”1. La muerte del condenado.
- 2. El indulto.
- 3. La amnistía impropia.
- 4. La prescripción.
- 5. La rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias.
- 6. La exención de punibilidad en los casos previstos en la ley.
- 7. Las demás que señale la ley”

Consecuentes con el orden seguido hasta aquí, se trata de observar los aspectos más relevantes que pueden derivarse de las causales de extinción de la sanción penal. Entonces, hay que ver que el indulto, medida ya empleada en Colombia, a diferencia de la amnistía propia que extingue la acción, extinguirá la sanción penal, pero, no el delito ni tampoco la responsabilidad civil. “Cobija el indulto propio que es aquel que se concede al momento de proferir la

⁸⁷Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2002. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

sentencia condenatoria respectiva, y al impropio, cuando se reconoce con posterioridad”⁸⁸. Así mismo, sólo el Congreso puede conceder indultos generales, pero es el Gobierno el que se encuentra autorizado para reconocer indultos particulares sólo cuando hay una ley que lo faculta para ello.

En aras de distinguir la naturaleza del indulto de la que compone la amnistía, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de sentar posición advirtiendo que

“En términos generales puede decirse que la amnistía es un mecanismo de extinción de la acción penal y que el indulto es un mecanismo de extinción de la pena. Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de realizar distinciones entre la amnistía y el indulto. Así, al declarar exequible el artículo 66 de la Ley 49 de 1990, manifestó: “El fundamento del indulto es el ejercicio del derecho de gracia. En sentido genérico es la remisión o perdón, total o parcial, de las penas judicialmente impuestas. Mientras la amnistía recae sobre la causa, el indulto opera sobre el efecto mismo; igualmente, mientras la amnistía hace referencia al hecho, en el indulto se mira directamente a la persona: no es real sobre la cosa o hecho, sino personal. En sana lógica, debe concluirse que se trata de un acto jurisdiccional en cuanto a la naturaleza de su objeto y a los efectos que tiene”⁸⁹.

Respecto a la “amnistía impropia” ya se hizo una claridad en el numeral anterior, y con su reconocimiento también en el artículo 88 del Código Penal cobra mayor sentido la crítica realizada al Estatuto Procesal cuando se refiere a la simple “amnistía” como causal de extinción de la acción penal, dado que con una forma de la

⁸⁸ Castro Ospina Lecciones de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 167.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-260-93. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

misma –en este caso la impropia– también es posible extinguir la figura de la sanción penal.

Vale decir que lo referido a la extinción de la sanción penal por la rehabilitación para las sanciones privativas de derechos cuando operen como accesorias, se encuentra normado en el artículo 92, el cual, en general, plantea tres supuestos escenarios para que esta medida opere: que transcurra el término estipulado en la sentencia o antes del término, cuando el condenado o condenada presente buena conducta en el sentido que señala el artículo y cuando en la sentencia se otorgue la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y no se exceptúa de ella la pena accesoria, ésta se extinguirá con el cumplimiento del período de prueba fijado en el respectivo fallo.

En cuanto a la competencia para decidir la extinción de la sanción penal, a partir de la vigencia de la Ley 937 de 2004, debe decirse que:

“si el juez que profiere la sentencia condenatoria, más adelante detecta que ya ocurrió el fenómeno prescriptivo de la sanción penal, deberá decretarla, en lugar de enviar el expediente al juzgado de ejecución de penas y medias de seguridad. En los demás casos, vale decir, si la prescripción de la sanción penal no ha acaecido, una vez el fallo alcance firmeza, el asunto debe ser remitido por razón de competencia al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien decidirá todo lo concerniente a la vigilancia del cumplimiento de la sentencia, incluida, por supuesto la prescripción de la sanción penal cuando a ello hubiere lugar.

Se advierte que el artículo 2º de la Ley 937 indica con precisión que lo dispuesto en el artículo 1º de la misma se aplica a los procesos que no se hubiesen remitido al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad, pues si el juez de esta especialidad ya tiene el expediente, cuando ocurra la prescripción deberá declararla, en lugar de regresar el proceso al juez que emitió la sentencia para que éste la declare”⁹⁰.

Ap

1. En un proceso por homicidio culposo en accidente de tránsito, Pedro es condenado a pena privativa de la libertad, multa y como pena accesoria se impone la privación del derecho a conducir vehículos automotores.

En esta sanción impuesta, explique las funciones de prevención general y especial que pudo haber tomado en consideración el Juez o la Jueza para fallar de esta forma.

PREVENCIÓN GENERAL	PREVENCIÓN ESPECIAL

2. Desarrolle el siguiente cuadro encontrando la relación existente entre las dos funciones de la pena que se proponen y que según Roxin son antagónicas, con las dos penas principales expuestas:

	RETRIBUCIÓN JUSTA	PREVENCIÓN ESPECIAL
PRISIÓN		
MULTA		

⁹⁰Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de Abril de 2005. Rad. 23390. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

3. Desarrolle el siguiente cuadro, exponiendo las diferencias y semejanzas entre los pares de conceptos que se proponen y que constituyen funciones de las penas y de las medidas de seguridad:

CONCEPTOS		SEMEJANZAS	DIFERENCIAS
Funciones de las Medidas de Seguridad	Funciones de las Penas		
Curación	Prevención Especial		
Tutela	Prevención General		
Rehabilitación	Reincisión Social		

4. Atahualpa es un indígena que pertenece a la comunidad Embera Chamí, para la cual, el consumo de cocaína en grandes cantidades resulta necesario, en especial después de arduas jornadas de trabajo. Atahualpa deja su comunidad y decide radicarse en Bogotá y tras un año de estadía en la ciudad, cierto día es sorprendido en la calle con una cantidad considerable de cocaína, por lo cual es conducido a las autoridades y en su contra se inicia un proceso.

Si usted tuviera que conocer de la sanción de Atahualpa:

- a) ¿Considera que habría lugar a imponerle una pena?
- b) ¿Considera que habría lugar a imponerle una medida de seguridad?
- c) ¿Considera que Atahualpa se encontraba ante un error de prohibición invencible dado lo ajena que resulta su cultura a la ciudad?

5. Entre los tres conceptos de libertad expuestos (no-interferencia, participación política y liberación del hambre), indique cuál considera que se ajusta mejor a los postulados del Estado Social de Derecho y por qué.

6. Pedro, es un joven de dieciocho años que acaba de terminar su bachillerato con las mejores calificaciones, vive con sus padres y trabaja en las noches en un parqueadero. Con ocasión de su trabajo conoce un grupo de delincuentes dedicados al hurto de partes de vehículos, quienes lo invitan a hacer parte de la banda, a lo cual Pedro accede. Tras un par de semanas de pertenecer al grupo, todos sus integrantes son capturados, entre ellos Pedro quien resulta condenado a tres años de prisión por el delito de concierto para delinquir simple.

Conforme el caso planteado, responda:

a) Si Pedro pagare la multa ¿habría lugar a otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena?.

7. Eugenia es una mujer de 45 años de edad, que se encuentra casada con Wilson quien desde hace varios meses se encuentra sin empleo. Este matrimonio tiene a su cargo el cuidado de Jaime, menor de diez años de edad que resultó huérfano hace dos años tras la muerte accidental de sus padres, momento desde el cual se encuentra bajo la protección de Eugenia y Wilson. Dadas las difíciles circunstancias económicas, Eugenia se dedica a realizar labores domésticas en diferentes hogares del norte de la ciudad, oficio del cual deriva el sustento de su familia, y en el que conoce a una banda de "apartamenteros" de la cual termina haciendo parte. En uno de

los hurtos, los miembros de la banda son capturados y María es condenada a cuatro años de prisión.

Conforme el caso planteado, responda:

- a) ¿Eugenio reúne las condiciones para ser considerada madre "cabeza de familia"?
- b) ¿Considera que habría lugar a otorgarle a Eugenia la pena sustitutiva de prisión domiciliaria?

8. Desarrolle el siguiente cuadro sustentando cuál de las teorías expuestas explica mejor la figura de la prescripción de la acción penal y posteriormente indique si considera viable que en Colombia se suscriba la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968.

TEORÍA	COMENTARIO
Pérdida de interés del Estado por el paso del tiempo	
Expiación moral del victimario cuya sanción tras el paso del tiempo implicaría una vulneración al principio del non bis in idem	

Ae

Los hechos ocurrieron el 20 de enero del 2007 en las festividades de Sincelejo, cuando un grupo de jóvenes, entre ellos Mario, menor de 15 años que se encontraba en alto grado de alicoramiento fruto de la presión excesiva de sus amigos, se pusieron a jugar a la ruleta rusa. En desarrollo del juego, Myriam quien cruzaba por lugar donde yacían los jóvenes,

resultó herida tras recibir un impacto de bala en el brazo derecho.

Conforme el caso planteado, responda:

- a) ¿Considera que Mario podría ser sancionado con una Medida de Seguridad y no una pena, dadas las particularidades del caso que lo pondrían en el escenario de la inimputabilidad?
- b) En caso de aplicarse una pena sobre Mario, ¿considera que se estarían realizando las funciones de prevención del delito y la retribución justa?

B

Constitución Política de Colombia 1991.

Código Penal. Ley 599 de 2000.

Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997., p. 101.

J

Las providencias que se reseñan a continuación son de utilidad para profundizar los temas desarrollados en la unidad.

Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005 M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Corte Constitucional Sentencia T-1045 de 2002. M.P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

- Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.
- Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS.
- Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2002. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.
- Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.
- Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1404 de 2000. M.P.: CARLOS GAVIRIA Y ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 1996. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1995. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
- Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 1996. M.P.: CARLOS GAVIRIADÍAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.
- Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de Abril de 2006. Rad. 24687. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de Marzo de 2006. Rad. 24300. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de Abril de 2005. Rad. 23390. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Agosto de 2004. Rad. 20673. M.P.: ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15610, M.P.: FERNANDO ARBOLEDARIPOLL.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18285. M.P.: CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de Diciembre de 2001. M.P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto del 4 de Febrero de 1997, Rad. 12.697. M.P.: RICARDO CALVETE RANGEL.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de Octubre de 1982. M.P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.

Unidad 3

DOSIFICACIÓN PUNITIVA



- Aplicar los procedimientos propios del sistema de dosificación punitiva vigente en Colombia.
- Establecer las herramientas y procedimientos con los cuales cuentan el funcionario y la funcionaria judicial en el momento de dosificar la sanción penal impuesta.
- Identificar los problemas más recurrentes con los cuales se encuentran el funcionario y la funcionaria judicial en el momento de dosificar la sanción penal.
- Determinar las circunstancias especiales que inciden en la dosificación punitiva, tales como agravantes, atenuantes, y momentos procesales, como allanamientos y preacuerdos.

3.1. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL

Hecho hasta aquí un recorrido por las instituciones principales que componen lo atinente a la sanción penal, en cuanto a sus modalidades, funciones y justificación, entre otros aspectos de especial relevancia para las personas que administran justicia, a continuación se observará la etapa final en el camino que recorre la función punitiva del Estado.

Se trata de la dosimetría penal o dosificación punitiva que consiste en la técnica aplicable para individualizar una pena impuesta en un caso concreto, eso sí, como de los principios constitucionales y de los de la pena misma se desprende, respetando criterios que correspondan a la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción en aras del cumplimiento de los fines

que en últimas comprende el Derecho Penal soportado en la noción del reo o procesado como parte de su esencia.

Como se decía, la aplicación de la sanción imponible debe corresponder con diversos criterios comprendidos en la ley -en sentido material-, así, si en virtud del principio de necesidad, la sanción penal es considerada como última ratio del Derecho, cuando otros mecanismos menos gravosos de control social no resultan eficaces, es porque la ejecución de la pena es un "mal necesario", que prevalece sobre la libertad personal y demás derechos del condenado o condenada, en pro de salvaguardar ciertos valores constitucionales o bienes jurídicos prevalentes.

En esa medida, la garantía de la legalidad de la imposición, aplicación y ejecución de la sanción penal, además de constituir un mecanismo de protección de los derechos del individuo, constituye una forma de proteger esos bienes jurídicos y valores constitucionales que justifican el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. En tal medida, factores como la garantía de imparcialidad del Juez o la Jueza, que permite su sujeción al principio de legalidad, constituyen también una forma de protección de los bienes jurídicos y valores constitucionales objeto del Derecho Penal que deben ser observados también en las últimas instancias del proceso, cuales son la imposición y ejecución de la sanción⁹¹.

Cada vez que se inicia la investigación de unos hechos delictivos, existe siempre la posibilidad de la producción de una condena como consecuencia de un juicio de reproche que en nombre de la sociedad se hace a quien la administración de justicia ha encontrado como responsable. Señala el legislador que para la determinación precisa de la sanción penal que ha de aplicarse en el

⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-312 de 2002. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL

caso particular, se debe realizar una audiencia (CPP, art. 446), a la que se llega luego de haberse escuchado el sentido del fallo, o bien expresado inmediatamente después de concluidas las alegaciones finales, vale decir, de terminado el debate o ya pasado el receso que autoriza la ley procesal para tal fin (CPP, art. 445).

Entonces, es este el momento procesal en el cual el fallador o la falladora observará y evaluará todo el sumario que hasta allí se ha presentado y controvertido, para efectos de la fijación e imposición de la sanción penal, y es donde resulta preciso estudiar o evaluar los avatares propios de este momento, en particular, los criterios para individualizar la pena.

La base de la individualización de la pena está ligada a tres circunstancias sobre las cuales hay que tener especial cuidado: los cargos contenidos en la formulación de la acusación, de una parte; en segundo término, los alegatos de clausura de la Fiscalía y finalmente, la respuesta a los mismos dada por el Juez o la Jueza al momento de emitir el sentido del fallo, puesto que estos tienen la obligación de referirse a la individualización de la responsabilidad de cada uno de los enjuiciados, y en relación con cada uno de los cargos contenidos en la acusación, despachando en la emisión del sentido del fallo todas las solicitudes expresadas por los intervenientes en el debate.

Hay que empezar por decir que, como la formulación de la acusación no exige precisión, ni siquiera mención de la imputación jurídica, la relación de los hechos que se reprochan al acusado o acusada debe estar revestida de la mayor claridad y definición posibles; porque a su vez, la formulación de la acusación no puede estar sugerida sobre la nada, ni del capricho del fiscal o de su investigador, sino que tiene que tener estrecha conexión con los hechos formulados en la audiencia de imputación. Esta audiencia, la

de imputación, es la que da inicio al límite de la actividad investigativa del Estado; porque dentro de lo que se ordena al fiscal expresar oralmente en esta audiencia (CPP, art. 288), se encuentra la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, de tal suerte que es sobre ellos, y nada mas que ellos, sobre los que se encamina el esfuerzo investigativo del fiscal.

Como se observa la imputación es meramente fáctica, tanto en la formulación de la imputación como en la formulación de la acusación y la escogencia, por parte de la fiscalía, tanto del tipo penal que se considera vulnerado como de las circunstancias particulares y generales que lo afectan, sólo se produce al momento de la realización de los alegatos de cierre luego de finalizado el debate probatorio en el juicio, siendo el momento en que la Fiscalía realmente presenta los cargos como son entendidos en el entorno jurídico nacional, por lo que, es inferible el hecho que la defensa está en especial desprotección y grave relación de desventaja, puesto que habrá de llegar al juicio dispuesta a defenderse de todos los delitos que pudieran adecuarse cercanamente a los hechos que se han venido relacionando a lo largo de las formulaciones, tanto de la imputación como de la acusación.

Por esta razón, resulta de trascendental importancia que el acusador precise, no sólo los hechos relevantes sino también las normas penales que considera con ellos vulneradas, porque es justamente uno de los elementos más dinámicos de la discusión entre defensa y Fiscalía: la determinación del tipo penal circunstanciado sobre el cual debe moverse el Juez o la Jueza al momento de la dosificación, de hallarse responsable a la persona enjuiciada. Y así, precisada tanto la imputación fáctica como la jurídica y probada la responsabilidad, es cuando resulta oportuna la audiencia de individualización de pena.

Una de las situaciones que más preocupa a la defensa es justamente la falta de seguridad jurídica que ofrece la simple aceptación de la imputación fáctica. Como ya se ha revisado, tanto en la formulación de la imputación como en la acusación, el reproche que hace la fiscalía recae sobre unos hechos pero no sobre unas normas supuestamente vulneradas, quedándose siempre con la posibilidad de ajustar su imputación jurídica hasta el último momento, vale decir, hasta los alegatos conclusivos, como acaba de manifestarse.

Sin embargo, se le otorga al inculpado o acusado, la posibilidad de aceptar los cargos relacionados en la imputación, a cambio de un descuento de pena y lo propio sucede con los contenidos en la formulación de la acusación. Señala el legislador en los artículos 348 y siguientes del Estatuto Procesal Penal, que no se trata de la mera aceptación de los cargos lo que se realiza sino de un completo acuerdo sobre imputación jurídica lo que podría llevar a la terminación del proceso con sentencia condenatoria.

Luego de realizado el acuerdo correspondiente, en los casos que se presentare, es enviado al juez quien está obligado a acatarlo, a menos que observe quebrantamiento de las garantías procesales, con lo cual tendrá que convocar la audiencia de individualización de la pena (CPP, art. 293). De esta forma se procede tanto en acuerdos realizados respecto de la formulación de la imputación como de la acusación, con las diferencias correspondientes en el monto de la reducción de la pena de acuerdo con el momento procesal en que dichos acuerdos se producen (como se observará más adelante).

En todo caso queda la posibilidad de fijar la pena solamente al Juez o la Jueza, siendo claro desde la realización misma del acuerdo que el sentido del fallo será condenatorio y que la individualización

se producirá dentro de los precisos marcos de la imputación jurídica convenida entre Fiscalía e imputado o acusado, siendo de la obligación de la Fiscalía, como lo señala el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, "indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere".

Entonces, con la expresión del sentido del fallo, ya sea entendido en los acuerdos cuando estos se presentan o en la expresión material del Juez o Jueza en los casos que tienen debate probatorio en el juicio oral, ha de estar totalmente clara la apreciación de la persona que administra justicia en cuanto a: tipos penales infringidos, grado de participación de cada uno de los acusados en relación con cada uno de los delitos imputados, además de causales específicas de atenuación y de agravación de pena y todo aquello que tenga incidencia específica en la definición de la pena, sobre lo cual se volverá más adelante.

Si el Juez o la Jueza considera que debe condenar, pero por una adecuación típica diferente a la presentada por la Fiscalía, por ejemplo, el ente acusador consideró que el acusado o acusada incurrió en el delito de peculado por apropiación, pero, conforme las pruebas que desfilaron el debate oral y los hechos narrados, quien falla encuentra que lo que se presentó fue el delito de abuso de confianza calificado, surge un debate en torno a las posibilidades del Juez o la Jueza para observar su criterio y no el expuesto en el juicio.

Pues bien, al respecto hay que realizar una interpretación sistemática de los artículos 29, 235 numeral 4, 250 y 251 de la Carta Política, los cuales predicen que entre la conducta por la cual se acusa y la decisión definitiva debe haber una adecuada correlación -el llamado principio de consonancia-, que a su vez puede ser entendida

de manera naturalista o de manera normativa⁹². "La consonancia es de índole naturalista cuando se fundamenta en la correlación del hecho histórico investigado, sin importar la calificación jurídica que en uno u otro momento se le imponga al mismo. Y es normativa cuando no sólo exige la identidad entre los hechos materia de acusación y los que son objeto de la sentencia, sino cuando además demanda una correlación invariable respecto de la denominación jurídica que se formule"⁹³.

En Colombia el principio normativo primó hasta 1987, consecuencia de lo cual la imputación jurídica contenida en el llamamiento a juicio era inmodificable, por lo que el Juez o la Jueza no podía apartarse al momento de proferir sentencia condenatoria de la adecuación típica allí contemplada. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que pudiera absolver al procesado, pues la congruencia no implicaba -ni implica ahora- absoluta identidad entre la acusación y lo que se decide en la sentencia, sino los límites intangibles que en el marco jurídico el funcionario disponía en el evento de encontrar demostrada la responsabilidad⁹⁴.

Poco a poco fue mutando la congruencia abriendose paso a la tendencia naturalista, de suerte que "el juzgador, respetando en todo caso el núcleo central de los hechos imputados, puede ahora fallar por cualquier delito sin importar el título o capítulo en el que se hallare situado (por ejemplo, condenar por hurto a quien fuere acusado de peculado), e incluso puede agravar la situación jurídica del procesado, en la medida en que ello no altere su competencia"⁹⁵.

⁹² Cfr. BERNAL CUELLAR, Jaime, y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 550 y ss.

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 17 de Octubre de 2007. rad, 20026. M.P.: JULIO E. SOCHA SALAMANCA

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 17 de Octubre de 2007. Rad, 20026. M.P.: JULIO E. SOCHA SALAMANCA.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 17 de Octubre de 2007. Rad, 20026. M.P.: JULIO E. SOCHA SALAMANCA.

En la ley 906 de 2004, que ha ido entrando en vigencia de manera gradual y sucesiva en el territorio nacional, se acentuó la índole naturalista del principio de congruencia entre acusación y sentencia, pues, cuando en la acusación se comete un error en la calificación jurídica de la conducta punible que trasciende en detrimento de los derechos del procesado o del debido proceso, bien sea porque no existe consonancia entre los hechos imputados y la adecuación típica formulada, o porque la prueba practicada durante la etapa del juicio demuestra que se cometió una conducta punible distinta a la que jurídicamente fue objeto de los cargos formulados, se presenta una afectación intolerable al principio de congruencia, que, dependiendo de los sistemas procesales adoptados por la legislación, ha tenido como propuestas de solución las siguientes: 1) la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación o su equivalente; o 2) la modificación de la adecuación típica de la conducta⁹⁶, posición que ahora es la aceptada.

Así, en la discusión planteada en el caso hipotético presentado, el Juez o la Jueza podrá, con base en la interpretación naturalista del principio de congruencia o consonancia, fallar según su criterio, respetando por supuesto, los hechos presentados en la imputación y siempre que esta situación resulte más benéfica a los intereses del condenado o condenada, pues vulneraría el debido proceso el que el Juez o la Jueza se pronunciara de repente, con un cargo que no fue controvertido en el proceso, negándole la posibilidad ejercer su defensa sobre el mismo.

Una vez hecho lo anterior, el Juez o la Jueza ya tiene clara tanto la imputación fáctica como jurídica, pero necesita ahora precisar las causales de menor o mayor punibilidad, contenidas en los artículos 55 a 58 del Código Penal, que debe reconocer, con

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 17 de Octubre de 2007. Rad. 20026. M.P.: JULIO E. SOCHA SALAMANCA.

incidencia enorme y trascendental en la pena: nada menos que la escogencia, dentro del sistema de cuartos que prevé la ley sustantiva penal colombiana en los artículo 59 a 61 del Estatuto Penal, de cuál es el margen de movilidad dentro del que le es lícito tasar ya en definitiva la pena.

Como la sentencia sólo puede ser fundamentada en la prueba practicada en el juicio oral (CPP, arts. 16, 374, 379 y 381) las partes han debido tener la previsión de probar en el juicio aún las circunstancias de mayor o menor punibilidad según el papel que desempeñen, como presupuesto para solicitar en la audiencia de individualización de pena tal o cual circunstancia, lo que podría eventualmente ser materia de debate en dicha instancia procesal.

Esto porque la posibilidad de practicar pruebas en esta fase es limitada a la decisión del Juez o la Jueza de designar un experto de una institución pública o privada con el único objetivo de ampliar la información respecto de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del acusado o la acusada, de estimarlo necesario. Como es una decisión que depende de la voluntad del Juez, resulta más seguro para las partes traer dichos aspectos probados desde el juicio oral.

Es importante resaltar que esta audiencia puede ser el espacio para discutir lo relativo a la ausencia de necesidad de pena. Esto porque de manera genérica el artículo 3º del Código Penal, como se dijo en acápite anteriores, coloca el principio de necesidad junto con los de proporcionalidad y razonabilidad como los orientadores del Juez o la Jueza al momento de decidir, si al que ya ha sido catalogado como culpable (en el anuncio del sentido del fallo), se le impone sanción o no, y qué tipo y cantidad de pena debe decretársele.

Pues bien, este principio está esperando ser desarrollado y debe el Juez o la Jueza en todas las sentencias condenatorias que pronuncie, referirse al tema de la necesidad de la pena, a tal punto que puede prescindir de aplicarla en caso de no encontrar satisfecha la necesidad de su decreto, tal como lo ha manifestado al Corte Constitucional de manera enfática en varios pronunciamientos, entre ellos, la sentencia C-581 de 2001 con ponencia de Jaime Araújo Rentenría. Y por vía de falta de necesidad de pena la audiencia de individualización de la sanción es la oportunidad en la que se debe solicitar al Juez o Jueza que prescinda de imponer pena en los eventos en que el delito no tiene pena privativa de la libertad, o cuando el delito sólo ha alcanzado al círculo familiar más cercano del autor, tratándose de delitos culposos (CP, inc. 2 art. 34); caso en que expresamente se autoriza al Juez o Jueza de prescindir de imponer la pena de no hallara necesaria.

3.1.1. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PENA

Lo primero, es tener claridad y precisión sobre la denominación jurídica del delito respecto del cual se consideró responsable al acusado, pues resulta imprescindible, toda vez que de ello depende el margen de fluctuación que tiene el Juez o la Jueza para individualizar la pena.

Luego de hallada la norma correspondiente, que indica la pena a imponer, se debe establecer el margen de movilidad del Juez o Jueza, determinando los límites, tanto mínimos como máximos de dicha fluctuación teniendo en cuenta cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, sin que en ningún caso sea superior a cuarenta (40) años (CP, num. 1º art. 37). Dichos límites son los enunciados en el artículo 60 del Código Penal, así:

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

Al respecto la Corte Suprema ha manifestado:

"Resulta claro que las circunstancias modificadoras de dichos límites a las que se refiere el precepto anteriormente mencionado [CP, art. 60] son las que se vinculan directamente con la pena prevista para la respectiva conducta punible al atenuarla o agravarla pudiendo ser de carácter específico, las que se relacionan con los dispositivos amplificadores del tipo, las que inciden en el grado de responsabilidad y las que se refieren a determinadas condiciones del autor, normalmente presentes antes o concomitantes con la comisión del delito.

Las circunstancias que permiten al fallador ubicarse dentro de uno de los cuartos en que se divide el ámbito punitivo de movilidad, son únicamente las que indican una menor o una mayor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58, siempre que no hayan sido previstas de otra manera pues a ellas es a

las que se refiere de manera concreta el artículo 61 del estatuto punitivo”⁹⁷

Es posible que el ejercicio resulte sencillo en la medida que la conducta punible no está circunstanciada por situaciones que tengan incidencia específica en los márgenes de movilidad del funcionario o la funcionaria, caso en el cual la posibilidad de movilidad está dada por la norma básica y nada más. Pero puede suceder sí, que la conducta esté afectada por situaciones que modifican la punibilidad, casos en los cuales deben seguirse unas reglas para determinar, en esos eventos, ese margen de movilidad.

Existen dentro del Código Penal circunstancias que aumentan la pena en una proporción determinada, eventos en los cuales esa proporción afecta tanto el máximo de la pena (teniendo en cuenta de no superar los límites comentados) como el mínimo de la sanción (CP, num. 1º art. 60).

Los delitos que se aumentan en una proporción determinada son los siguientes: (Art. 31) agravación de pena para el delito continuado y para el delito masa; (Art. 219) inciso final, para el turismo sexual cuando se realiza con menores de 12 años; (Art. 312) inciso 2º, para el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico; (Art. 330) inciso final, para el manejo ilícito de microorganismos; (Art. 340) inciso final, para el concierto para delinquir; (Art. 347) inciso final, para el delito de amenazas contra servidor público; (Art. 366) inciso 2º, para la fabricación y tráfico de armas; (Art. 384) para estupefacientes, se dice que el mínimo se duplicará.

Existen dentro del Código circunstancias que disminuyen la

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 28 de Febrero de 2006. Rad. 22478. M.P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

pena en una proporción de determinada, evento en el cual esa proporción afecta tanto el máximo como el mínimo de la sanción (CP, num. 1º art. 60). Los delitos que se disminuyen en una proporción determinada son los siguientes: (Art. 249) inciso final para el abuso de confianza; Art. 401) para el peculado; (Art. 401) inciso 2º para el peculado; (Art. 401) inciso 3º para el peculado cuando se realiza el reintegro; (Art. 443) para el falso testimonio; (Art. 451) para la fuga.

También hay circunstancias que aumentan la pena hasta en una proporción determinada, caso en el cual sólo se afecta el máximo de la infracción básica, tal y como lo enseña el inciso 2º del artículo 60 del Código Penal. Los delitos cuya pena se aumenta hasta en una proporción determinada son los siguientes: (Art. 116) inciso 2º para la pérdida anatómica o funcional en lesiones personales; (Art. 127) inciso 2º para el abandono; (Art. 130) para el abandono; (Art. 136) para las lesiones personales en persona protegida; (Art. 153) inciso final para obstaculización de transporte sanitario (Art. 179) agravación para la tortura; (Art. 181) para el desplazamiento forzado; (Art. 187) inciso final para la inseminación artificial; (Art. 196) inciso 2º para la violación de correspondencia; (Art. 198) inciso final para la violación a la libertad de trabajo; (Art. 199) inciso final para el sabotaje; (Art. 204) irrespeto a cadáveres; (Art. 234) inasistencia alimentaria; (Art. 245) para la extorsión; (Art. 263) inciso 2º para la invasión de tierras; (Art. 266) para el daño; (Art. 270) inciso final, para violación a los derechos morales de autor; (Art. 290) Falsedades; (Art. 301) inciso 2º agiotaje; (Art. 302) inciso final pánico económico; (Art. 317) inciso final manipulación fraudulenta de especies; (Art. 318) inciso 3º para la urbanización ilegal; (Art. 337) inciso 2º invasión de áreas de especial importancia ecológica; (Art. 340) inciso 3º agravación del concierto; (Art. 350) inciso 3º incendio; (Art. 358) tenencia fabricación y tráfico de sustancias peligrosas;

(Art. 367) fabricación de armas químicas; (Art. 372) corrupción; (Art. 397) peculado; (Art. 415) para el prevaricato; (Art. 438) para la falsa autoacusación; (Art. 445) para infidelidad a los deberes profesionales; (Art. 449) inciso final para la fuga culposa; (Art. 456) inciso final hostilidad militar; (Art. 457) inciso final traición diplomática; (Art. 458) inciso final, de la instigación a la guerra; (Art. 470) para la rebelión; (Art. 473) para la rebelión por servidor público.

También se presentan eventos de atenuación hasta en una proporción determinada en los cuales esta reducción se aplica solamente al mínimo de la infracción básica (CP, num. 3 art. 60). Los delitos en relación con los cuales se disminuye la pena hasta en una proporción son los siguientes: (Art. 167.3) para el secuestro; (Art. 171) para el secuestro.

(Art. 191) para la violación de habitación; (Art. 223) inciso final para la injuria y calumnia; (Art. 242) numeral 1º inciso segundo, para el hurto de uso con daño; (Art. 263) párrafo, sobre invasión de tierras; (Art. 339) daños en los recursos y contaminación ambiental culposa; (Art. 401) inciso 3º.

También se tienen agravaciones en dos proporciones, casos en los cuales la menor proporción se plica al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica (CP, num. 4 art. 60). Las circunstancias en las que la pena se aplica en dos proporciones son las siguientes: (Art. 110) para el homicidio culposo; (Art. 118) para las conductas punibles con aborto; (Art. 119) agravaciones; (Art. 130) inciso final para el abandono; (Art. 170) para el secuestro; (Art. 173) para el secuestro de nave; (Art. 183) para el constreñimiento; (Art. 185) para el constreñimiento; (Art. 186) inciso final para la fraudulenta internación; (Art. 197) inciso segundo, utilización ilícita de equipos transmisores; (Art. 211) para delitos sexuales; (Art. 216)

para la trata y el constreñimiento; (Art. 217) inciso final estímulo a la prostitución de menores; (Art. 223) para la injuria y calumnia; (Art. 229) inciso segundo violencia intrafamiliar en menores; (Art. 231) mendicidad y tráfico de menores; (Art. 232) adopción irregular; (Art. 241) hurto agravado; (Art. 257) inciso segundo para el acceso ilegal o prestación ilegal del servicio de telecomunicaciones; (Art. 267) para los delitos contra el patrimonio económico; (Art. 277) circulación ilegal de monedas; (Art. 292) inciso final destrucción de documento judicial; (Art. 319) inciso 4º contrabando; (Art. 323) inciso 3º lavado de activos; (Art. 324) lavado de activos, dos agravaciones; (Art. 332) contaminación ambiental; (Art. 342) entrenamiento de actividades ilícitas; (Art. 357) inciso 3º daño en obras o elementos de los servicios de comunicación; (Art. 371) contaminación de aguas; (Art. 386) inciso 3º para perturbación de certamen democrático; (Art. 387) inciso final constreñimiento al sufragante; (Art. 389) inciso 2º para el fraude por inscripción de cédulas; (Art. 390) inciso final, corrupción al sufragante; (Art. 394) inciso final, alteración de resultados electorales; (Art. 447) para la receptación.

También hay situaciones de disminución entre dos proporciones, casos en los cuales la proporción mayor se aplica al mínimo y la proporción menor se aplica al máximo de la pena señalada para el delito en cuestión (CP, num. 5 art. 60). Los eventos que trae el Código Penal de disminución entre dos proporciones son los siguientes: (Art. 27) tentativa; (Art. 30) para el cómplice; (Art. 32.7) inciso segundo la reducción del exceso de ausencia de responsabilidad; (Art. 57) ira e intenso dolor; (Art. 105) homicidio preterintencional; (120) para las lesiones culposas; (Art. 167) inciso primero para el secuestro; (Art. 167) numeral 2º para la desaparición forzada; (Art. 268) para los delitos contra el patrimonio; (Art. 269) para los delitos contra el patrimonio, reparación; (Art. 360) Empleo

de sustancias u objetos peligrosos; (Art. 440) para las falsas denuncias.

Una vez aplicadas las reglas mencionadas, el funcionario o funcionaria judicial debe iniciar el proceso de aplicación del sistema de cuartos, conforme lo menciona el artículo 61 del Código Penal, y después de elegir el cuarto dentro del cual debe moverse para imponer la pena -procedimiento que se esbozará a continuación- impondrá la misma no sin antes observar los siguientes criterios: 1) la mayor o menor gravedad de la conducta, desde el punto de vista de la incidencia sobre el bien jurídico y el sujeto pasivo; 2) el daño real o potencial creado, lo que implica el nivel de transformación que haya generado la conducta con respecto al estrado de cosas anterior a la comisión de la misma; 3) la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, toda vez que el funcionario o la funcionaria judicial debe ponderar entre los diversas causales sustanciales modificadoras de la punibilidad y las circunstancias de agravación o atenuación punitiva -según sea el caso-, pues no resulta igual cometer el punible y posteriormente realizar acciones encaminadas a restablecer en lo posible, el daño causado, a cometer el punible y no realizar acciones resarcitorias, sino, simplemente alegar la carencia de antecedentes penales para obtener disminución punitiva. Es decir, frente a hechos iguales, si bien pueden presentarse varias circunstancias modificadoras de la punibilidad, como en el referido caso, será necesario diferenciar entre las mismas, en especial, si se trata de diferentes condenados.

También constituye un criterio para determinar la pena, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, es decir, el Juez o la Jueza debe apreciar qué tan directa fue la intención positiva de causar el daño o cuánto fue el grado de decisión o la ausencia de los mismos, así como la eficacia en los medios para

ocasionar la conducta punible. En quinto lugar, aparecen nuevamente las funciones de la pena aunque la legislación hace énfasis en que se debe observar la necesidad de la pena, de lo cual se infiere que esta función se encuentra revestida de una importancia adicional, dada la trascendencia que tiene el indagar sobre la última ratio en cuanto a si la pena es o no importante en función de desarrollar los demás principios y funciones de la sanción penal en el Estado Social de Derecho.

Los anteriores, por excelencia, criterios en materia de autoría, pues en tratándose de participación se tiene que en la complicidad se mira el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda y adicionalmente, cuando se presenta la tentativa, es preciso tener presente el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo.

3.2. PROCESO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CUARTOS

Como se mencionó, previo a la aplicación de los criterios, el Juez o la Jueza debe aplicar el llamado sistema de cuartos explicado en el artículo 61 del Código Penal, conforme el cual se debe dividir el margen de movilidad que tiene el Juez o Jueza para imponer la pena, fruto del ejercicio anterior, en cuartos: así, si sólo concurren circunstancias de atenuación, el máximo de pena imponible, según lo determinado por la ley es el máximo del primer cuarto; pero si concurren circunstancias tanto de atenuación como de agravación, el máximo de la pena, lo dará el tercer cuarto de movilidad del Juez (el primer cuarto, sumado los dos cuartos medios); y si sólo concurren circunstancias de agravación, el máximo de la pena será el mismo que señala la norma incriminatoria como máximo de la pena, vale decir, el término de prescripción coincide con el límite máximo del último cuarto.

Ahora bien, no puede desconocerse que el artículo 83 del código vigente, en su inciso 4º, advierte que "Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad", de donde se infiere que para efectuar el ejercicio es preciso tener en cuenta dichas causales.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los ya mencionados 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.

No está de más anticiparse a decir que, con fundamento en lo expresado en el artículo 3 de la Ley 890 de 2004, 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.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha comentado:

"Ahora, una vez determinados los mencionados extremos, el paso a seguir es el de precisar el ámbito punitivo de movilidad, el que corresponde a la diferencia matemática existente entre el máximo y el mínimo ya fijados. A continuación, ese ámbito se divide en cuatro cuartos, de modo tal que puedan identificarse un cuarto mínimo, dos medios y uno máximo, labor que una vez realizada abrirá paso a la cabal aplicación del artículo 61 del estatuto penal, que se asienta en seleccionar en cuál de aquellos cuartos se va a ubicar definitivamente el fallador, con lo cual -a su vez- se reduce significativamente la amplia discrecionalidad de que

gozaba en vigencia de los códigos anteriores. La concreción o la selección del cuarto mínimo obedecerá a la presencia exclusiva de circunstancias de atenuación o a la inexistencia conjunta de agravantes y atenuantes; en tanto que la ubicación en los cuartos medios se originará en la concurrencia simultánea de circunstancias de agravación y de atenuación, al paso que en el cuarto extremo se ubicará el juez por razón de la existencia exclusiva de agravantes.

(...)Una vez precisado el cuarto, dentro de sus linderos se individualizará la pena, a cuya consecución se llegará efectuando la ponderación de los aspectos señalados en el inciso segundo del mencionado artículo 61 (...).Concretada o individualizada la sanción, será respecto de ese quantum que se aplicarán los fenómenos posdelictuales, es decir, aquellas circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta, entre las cuales caben citarse las rebajas por sentencia anticipada (CPP, art. 40), por confesión (art. 283 ídem), por reparación en los delitos contra el patrimonio económico (C.P., art. 269), por reintegro en el peculado (C.P., art 401), por retractación en el falso testimonio (art. 443 ídem), por la presentación voluntaria en la fuga de presos (art. 451 1b.), etc. [en vigencia de la Ley 600 de 2000], cómputo con el cual habrá finalizado el procedimiento de dosificación o de individualización de la sanción a purgar por el condenado”⁹⁸.

Se ha dicho entonces, que el Código Penal, Ley 599 de 2000, no permite tanta discrecionalidad al juez, como ocurría en el régimen anterior, pues ya no puede moverse indiscriminadamente entre el

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de mayo de 2004. Rad. 20642. M.P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

mínimo y el máximo de la pena que trae el tipo infringido, sino que establece un procedimiento más complejo.

A continuación, para mayor ilustración, se cita un ejemplo referido en una sentencia de la Corte Suprema:

"Para el asunto que se examina, el homicidio agravado se sanciona con prisión de 25 a 40 años, en el artículo 104 del Código Penal. Quiere ello decir que el ámbito de punibilidad es de 15 años, que se obtienen restando 25 de 40. [Luego se debe] determinar el ámbito de movilidad: Como en el homicidio agravado el ámbito de punibilidad es de 15 años. Esta cifra dividida entre 4, da como resultado 3 años más 9 meses. Significa ello que el ámbito de movilidad al interior de cada cuarto es de 3 años más 9 meses. Para el cálculo de los cuartos, se parte de la pena mínima y se va adicionando sucesivamente el ámbito de movilidad. En el caso del homicidio agravado la pena mínima es de 25 años de prisión y el ámbito de movilidad es 3 años más 9 meses. Entonces:

- Cuarto mínimo: desde 25 años hasta 28 años más 9 meses.
- Cuartos medios: desde 28 años y 9 meses hasta 36 años y 3 meses.
- Cuarto máximo: desde 36 años y 3 meses hasta 40 años”⁹⁹.

3.2.1. CAUSALES SUSTANCIALES MODIFICADORAS DE LA PUNIBILIDAD

Como se ha mencionado, el sistema de dosificación punitiva o individualización de la pena previsto en la legislación penal colombiana constituye una confluencia de diversos factores que deben ser tenidos en cuenta para la fijación final de la sanción, de

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de Abril de 2003 Rad. 18856. M.P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGOS.

manera tal que es preciso observar lo que se ha dado a llamar "Causales sustanciales modificadoras de la punibilidad", es decir, aquellas circunstancias no procesales que entran a incidir en la conducta y redundan en la pena que como consecuencia de esta, se le ha de imponer a la persona.

Estos factores pueden ser "circunstancias de mayor o menor punibilidad" o "atenuantes y agravantes", diferencia que ha establecido la ley consistente en enunciar unas causales genéricas que operan en todo momento y para todos los casos han de ser tomadas en cuenta -circunstancias de mayor o menor punibilidad- y las demás -atenuantes y agravantes- que sólo aplican para el caso concreto que se esté trabajando como se verá a continuación.

3.2.1.1. Circunstancias de mayor y menor punibilidad

Al respecto, el artículo 55 del Código Penal, trae el listado de las circunstancias de menor punibilidad que han de tenerse en cuenta siempre que concluyan a la hora de individualizar la respectiva pena. El listado se compone de las siguientes diez (10) situaciones:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. El obrar por motivos nobles o altruistas.
3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.
4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
5. Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias.
6. Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible.

7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.
8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

En cuanto al concepto de antecedente penal, es necesario precisar que este concepto implica la existencia de una condena judicial definitiva o ejecutoriada al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo.

En cuanto a la forma de demostración, ha de precisarse que la ley no tarifa el medio de prueba. Esto significa que puede hacerse a través de la aportación de los fallos judiciales respectivos, o de cualquier otro medio que permita establecer inequívocamente su existencia, como la confesión, la inspección judicial, la prueba documental distinta de las sentencias (certificaciones), y la testimonial inclusive, aunque lo ideal es que el funcionario judicial acuda a la primera alternativa, en cuanto le permite conocer en detalle lo acontecido, y tener una mejor visión de la personalidad del acusado¹⁰⁰.

Sumadas a las anteriores causales, la ley prevé dos situaciones adicionales contempladas en los artículos 56 y 57. La

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2004. Rad. 20.597. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA.

primera, atenuación por pobreza extrema, aplica para el que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad. En este caso, la pena imponible no será mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Por su parte, la segunda situación adicional en comento, se refiere a la atenuación cuando la conducta se ha realizado en situaciones de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, caso en el cual la pena no será menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

De otro lado, el artículo 58 del Estatuto Penal, señala las causales o circunstancias que, de presentarse en la comisión de un hecho típico, aumentan la punibilidad. En este caso son dieciséis, a saber:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.
2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.
3. Que la ejecución de la conducta punible esté 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.
4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

5. 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 o la identificación del autor o partícipe.
6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.
7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.
8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
10. Obrar en coparticipación criminal.
11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.
12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.
13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.
14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.
15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.

16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de referirse a algunas de estas causales, por ejemplo, en tratándose de la novena (la posición distinguida como causal de agravación), se ha dicho que en ocasiones, sin embargo, no es suficiente la calidad que otorga la posición distinguida en la sociedad para derivar la agravante punitiva. Es lo que sucede con la ilustración o la riqueza. Se puede ser ilustrado o rico, ostentar una posición social prominente por cualquiera de esas razones y sin embargo resultar improcedente la atribución de la causal de agravación punitiva examinada. Sucede cuando no existe ningún tipo de vinculación entre una cualquiera de esas calidades y el hecho punible. A un abogado o a un médico o un millonario se le impone el mismo deber de cuidado que se le impone a cualquier persona cuando conduce un vehículo y si por imprudencia le causan lesiones o la muerte a alguien, es improcedente plantear una mayor sanción penal con sustento en la ilustración o la riqueza. Simplemente, como se dijo, por carencia de vínculo entre cualquiera de esas calidades y la conducta delictiva cometida¹⁰¹.

3.2.1.2. Atenuantes y Agravantes

En cuanto a los atenuantes y agravantes como factores que inciden en la determinación de la pena, hay que aclarar que estos, a diferencia de las causales de mayor y menor punibilidad, se particularizan para algunos delitos, es decir, el Código no prevé circunstancias generales de atenuación o agravación, por el

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de Octubre de 2001. Rad. 15.215. M.P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

contrario, dependiendo del tipo, se contemplan algunas circunstancias que pueden incidir en la determinación de la sanción.

Así, es preciso enfatizar que la legislación no realiza un listado unificado de agravantes y atenuantes como sí lo hace con las causales de mayor y menor punibilidad, en ese sentido, dándoles diferentes denominaciones como "circunstancias de agravación" (arts. 104, 130, 140, 245, 267, 342 y 438), "circunstancias de agravación punitiva" (arts. 110, 119, 121, 166, 170, 179, 181, 183, 185, 211, 216, 234, 241, 247, 266, 290, 344, 384, 415, 427, 470 y 473); "circunstancias de atenuación" (arts. 440, 443 y 451); "circunstancias de atenuación punitiva" (arts. 124, 167, 171, 242, 268 y 401); "circunstancias de menor punibilidad" (art. 55); "circunstancias especiales de graduación de la pena" (arts. 223) y "circunstancias específicas de agravación" (art. 324). Todas tendientes a modificar la punibilidad por la presencia de factores especiales en su comisión.

3.3. CASOS CONCRETOS O PROBLEMAS

A pesar del ampuloso desarrollo legislativo sobre la materia, en desarrollo de la labor judicial se han detectado problemas o casos concretos que han merecido mayor atención que otros, eventualmente por los niveles de complejidad, los vacíos que puedan presentar la normatividad vigente, entre otros factores.

Así, a continuación se abordarán algunos de esos casos más frecuentes de tal manera que los funcionarios y funcionarias judiciales amplíen su noción respecto de esos temas particulares, a partir del desarrollo que la jurisprudencia ha hecho de los mismos.

3.3.1. FAVORABILIDAD

Nuevamente el histórico principio de favorabilidad se

encuentra presente en la labor de las instancias judiciales, esta vez, a propósito de la dosificación de la sanción penal cuando hay dos regímenes aplicables al caso concreto y es preciso optar por el más benéfico para el condenado.

En principio se debe señalar -como lo ha manifestado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia- que no se pueden plantear en abstracto criterios de favorabilidad con respecto al sistema de dosificación punitiva que consagran los códigos penales con los cuales pueden presentarse contradicciones -de 1980 y de 2000, sin que ello implique que en el futuro, como consecuencia de nuevas legislaciones, este criterio aplique también para ellas-, como quiera que lo que puede ser benéfico para unos puede ser perjudicial para otros.

Ahora, destaca la Corte que lo que sí se puede destacar de uno y otro método, es que el consagrado en el Código de 2000 se modula en forma mucho más precisa la discrecionalidad del juez al dosificar la pena, y la limita al establecer objetivamente unos márgenes mucho mas precisos que apretan el margen de movilidad que era mucho mas amplio en el régimen del código derogado¹⁰².

Así, "si del examen concreto que entre uno y otro sistema se haga, resulta ser que es más generoso el del nuevo estatuto, deberá preferirse éste en detrimento del otro por virtud del principio de retroactividad de la ley mas favorable; pero si es aquel el que mejores consecuencias trae para el justiciable, la norma anterior debe preferirse a la nueva"¹⁰³.

3.3.2. CONCURSO DE DELITOS

En la manera para la determinación de la pena en los eventos

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de Septiembre de 2006. Rad. 25914. M.P.: MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de agosto de 2004. Rad. 20229.

de concurso de conductas punibles, conforme el artículo 31 penal, se debe concretar la que individualmente corresponda a cada una de ellas para encontrar la más drástica, ese proceso "individualizador" ha de hacerse con arreglo a la sistemática que señala el Código Penal para el efecto, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador o la juzgadora se puede mover (CP, art. 60); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61¹⁰⁴.

Ahora bien, cuando debe realizarse la redosificación punitiva por razón de un concurso de conductas punibles, al disminuirse la pena del tipo base del concurso, es decir, del que sirvió de referente para calcular el incremento por los comportamientos delictivos concurrentes, debe aplicarse a la nueva pena básica la misma proporción de aumento que se hizo al determinar originalmente la punibilidad, a riesgo, en caso contrario, de llegar a aplicar una pena desproporcionada e ilegal. Obedece esto a que en tratándose del concurso de conductas punibles, la punibilidad de los delitos concurrentes no es autónoma, sino que se determina con fundamento en la disposición que establezca "la pena más grave", de manera que el quantum de la pena total para el concurso es el resultado de la del tipo base incrementada en un porcentaje de ella misma ("hasta en otro tanto"), pues el cálculo individual de la sanción de los comportamientos concurrentes, tan sólo sirve para establecer el límite que no puede verse rebasado por la suma aritmética de penas¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación . Penal. Sentencia del 24 de Enero de 2007. Rad. 22797. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación . Penal. Sentencia del 24 de Enero de 2007. Rad. 22797. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA

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

Frente a la determinación de la multa en caso de concurso de conductas punibles, la Corte tiene sentado que se deben sumar las correspondientes a cada infracción, sin que pueda exceder del límite de 50.000 salarios mínimos legales mensuales fijado en el artículo 39 del Código Penal , lo que se encuentra a tono con el mandato del artículo 39-4¹⁰⁶.

3.3.3. MODALIDADES DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

La ley 906 de 2004 consagró dos modalidades de terminación anticipada del proceso perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político- criminales: (i) Los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado¹⁰⁷. Estas dos modalidades de terminación, se diferencian, no sólo en su esencia y momento procesal en el cual pueden suscitarse sino en lo efectos que producen, es decir, en los beneficios que obtiene quien se acoge a una de estas dos formas.

3.3.3.1. Preacuerdos y negociaciones

Se trata de una verdadera forma de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. El Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 introduce una regulación sistemática e integral del nuevo

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de Mayo de 2006. Rad. 23435. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

instituto, de los "Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado", con las reglas específicas relativas a finalidades (348), improcedencia (349), oportunidad (350 y 352), modalidades (351), aceptación total o parcial de cargos (353).

Los preacuerdos y negociaciones comportan en su esencia aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, es decir aceptación total o parcial de cargos como producto del acuerdo. Así lo plasman de manera explícita los artículos 350, 351, 352 y 353 de la Ley 906 de 2004¹⁰⁸.

Así, el acuerdo obtenido entre fiscal y procesado, tiene entre sus efectos más importantes el que equivale a la formulación de la acusación (CPP, art. 350), luego de lo cual el juez de conocimiento realiza audiencia en la que verifica que el procesado ha aceptado de manera libre y suficientemente informado de las consecuencias del acuerdo y que con él no se hubiesen quebrantado garantías fundamentales del acusado, conforme lo indica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, y luego de aprobado por el juez o la jueza, aquel o aquella convocará a la audiencia de individualización de la pena, como se desprende de lo normado en los artículo 351 inciso 5º, 447 y 370 del Estatuto Procesal Penal.

Vale decir que la Ley 890 de 2004, en su artículo 3º indicó que el sistema de cuartos -arriba mencionado- no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa.

3.3.3.2. Allanamiento o aceptación unilateral de cargos

Por su parte la aceptación unilateral de los cargos por el

¹⁰⁸Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P.: JAJME CÓRDOBA TRIVIÑO

procesado se encuentra regulada en el artículo 293 del Estatuto Procesal Penal que estipula: "Procedimiento en caso de aceptación de la imputación (en la audiencia de formulación de imputación): Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación".

De esta norma es posible deducir la diferencia entre las dos modalidades de aceptación de cargos en el momento de la formulación de imputación: una unilateral y otra preacordada. La primera implica para el investigado "allanarse a la imputación y obtener una rebaja de pena" tal como lo señala el artículo 288 numeral 3º del Estatuto Procesal Penal, que remite para efectos de su cuantificación al artículo 351 que contempla una rebaja de hasta de la mitad de la pena imponible¹⁰⁹.

La aceptación unilateral de cargos conduce necesariamente a una sentencia condenatoria que debe estar fundada en el "convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, mas allá de toda duda" (Art.7º). De manera que la sentencia condenatoria producida sin agotar el debate público debe contar con el presupuesto relativo a la existencia de evidencia o material probatorio sobre la responsabilidad aceptada del procesado. Mediante la aceptación de los cargos y la evidencia o elementos materiales de prueba, el procesado renuncia a controvertirlos en el juicio.

La aceptación espontánea de los cargos se basa también en el principio de la buena fe, y de la lealtad procesal como deber de las partes en toda actuación judicial (Art. 12). Su ejercicio legítimo en materia de aceptación de cargos es promovido mediante descuentos punitivos.

¹⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Por su parte, el artículo 356 disciplina el desarrollo de la audiencia preparatoria, y establece (num. 5º) que el juez dispondrá "que el acusado manifieste si acepta o no los cargos". Si los acepta procederá a dictar sentencia rebajando la pena a imponer "hasta en la tercera parte".

Siguiendo con esta sistemática, el artículo 367, que regula la alegación inicial en el juicio oral, contempla el imperativo para el juez de advertir al acusado "que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable". De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible¹¹⁰.

Hay un punto importante a discernir, se trata de las semejanzas entre la sentencia anticipada (L.600 de 2000) y la aceptación unilateral de cargos (L. 906 de 2004). Al respecto es necesario recordar que el código de procedimiento penal de 2000 (Ley 600), mantuvo (Art. 40) el mecanismo de la sentencia anticipada fundado en la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado. Esta actitud procesal era compensada con un descuento punitivo de una tercera o de una sexta parte de la pena, deducida de la dosificación que efectuara el juez. El monto deducible dependía del momento en que se produjera el allanamiento¹¹¹. No obstante las diferencias con la nueva figura del la Ley 906 d 2004, la Corte Constitucional ha manifestado:

"(...) tanto la sentencia anticipada como el allanamiento a los

¹¹⁰ En este momento procesal también se contempla la posibilidad de que la aceptación de los cargos sea la consecuencia de un acuerdo celebrado entre acusado y fiscal, configurándose las denominadas manifestaciones de culpabilidad preacordadas , caso en el cual es la Fiscalía quien deberá indicar al juez los términos del acuerdo y la pretensión punitiva que tuviere (Art. 369). Si la manifestación preacordada fuere aceptada por el juez la pretensión punitiva del fiscal, se convierte en el marco para el juez, en cuanto no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el Fiscal (Art. 370).

¹¹¹ Una tercera parte cuando la aceptación de cargos se produce desde la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriado el cierre de la investigación. Una sexta parte, una vez proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para audiencia.

cargos demandan la asistencia de defensor; una y otra puede presentarse desde la vinculación formal del procesado o imputado; en los dos eventos la aceptación de cargos constituye el fundamento de la acusación o de la sentencia; frente a los dos institutos el fallo es condenatorio y comporta una rebaja de pena; en ninguno de los dos eventos es admisible la retractación; frente a los dos sucesos el juez de conocimiento tiene como únicas opciones dictar sentencia o decretar la nulidad, dependiendo de si se afectan o no garantías fundamentales; para efectos de la concreción punitiva, en uno y otro evento el juez debe acudir al sistema de cuartos”¹¹².

La jurisprudencia ha llenado un vacío que surgió con la redacción de los artículos 351 y 356 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que en la audiencia de formulación de la imputación (Arts. 288.3 en c.c. con el 351) y en la audiencia preparatoria, para las cuales los artículos mencionados establecen un descuento ponderado de “hasta la mitad” y de “hasta la tercera parte”, sin mencionar el correspondiente rango. Ello no obsta para que una visión sistemática y de conjunto de los tres niveles de descuento, permita establecer que los extremos inferiores de los rangos están determinados por el límite superior previsto para el descuento aplicable en la fase subsiguiente en que éste procede, es decir que se encuentran reciprocamente delimitados, así¹¹³,

- (i) El allanamiento en la audiencia de formulación de imputación amerita un descuento de una tercera parte, “hasta la mitad” de la pena.
- (ii) El allanamiento que se produzca en la audiencia

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

preparatoria genera un descuento de una sexta parte, "hasta la tercera parte de la pena".

(iii) El allanamiento producido al inicio del juicio oral, origina un descuento de "la tercera parte" de la pena. En este caso el legislador previó un descuento fijo.

Esta conformación de los rangos es compatible, no solamente con una visión integrada de las normas que regulan la materia, sino con el criterio de política criminal que subyace al instituto, consistente en que el tratamiento punitivo más benigno es directamente proporcional al mayor ahorro en recursos investigativos del Estado. Así, no sería razonable, atendiendo los fines de la institución, prever el mismo descuento para quien acepte los cargos en la audiencia de formulación, que para quien lo haga cuando el proceso ya se encuentra más avanzado: en la audiencia preparatoria, o en el juicio oral.

Ahora bien, en ese mismo sentido se manifestó la Corte Suprema de Justicia cuando manifestó:

"Ahora, aunque en la Ley 906 de 2004 no se establece el límite mínimo de la rebaja para cuando el allanamiento tiene lugar durante la audiencia de imputación o la preparatoria, una interpretación razonable del instituto permite afirmar que dichos extremos menores están determinados por el rango de mayor disminución punitiva prevista para la siguiente oportunidad procesal en que procede el allanamiento a la imputación. Es decir, de la tercera parte hasta la mitad de la pena cuando el allanamiento tiene lugar en la audiencia de formulación de imputación; de la sexta hasta la tercera parte de la pena cuando ocurre durante la audiencia preparatoria y

de la sexta parte de la pena, cuando la aceptación se presenta al inicio del juicio oral”¹¹⁴ (1).

3.3.4. ALLANAMIENTO A CARGOS SIN ACORDAR PENA

Si bien se sostiene, en principio, que conforme el inciso final del artículo 61 penal, 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, la Corte Suprema ha sido clara en indicar que cuando el imputado se allana a los cargos, pero no pacta con el Fiscal el monto definitivo de la pena a imponer, el Juez o la Jueza sí debe aplicar el sistema de cuartos previsto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000¹¹⁵.

En Sentencia de Tutela del 4 de abril de 2006 (radicación T-24868), la Sala de Casación Penal integrada por todos sus miembros, afirmó que si el preacuerdo no incluye el monto o cantidad específica de la pena, entonces el Juez debe acudir al sistema de cuartos para individualizar la sanción de cada implicado:

“Ahora, cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como -a título ejemplificativo: la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia, la significativa economía en la actividad estatal de investigación, el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria,

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia del 21 de Febrero de 2007. Rad. 25726. M.P.: MARINA PULIDO DE BARÓN.

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia del 1º de Noviembre de 2007. Rad. 28384. M. P.: JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ.

el que -cuando sea del caso- se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos, el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc".

Asimismo, si se ha acudido al mecanismo de la negociación y dentro de ella se pactó el monto de la sanción, a ésta quedará vinculado el Juez o la Jueza (CPP, art. 370), salvo que en su concreción se haya violado alguna garantía fundamental, no pudiendo por aquella razón (y en ello se explica la prohibición del art. 3 de la Ley 890 de 2004) acudir al sistema de cuartos¹¹⁶.

En síntesis no en todo caso de preacuerdo el mencionado sistema de dosificación está prohibido, ya que frente a un preacuerdo donde el monto de la pena a imponer no haya sido pactado, al Juez o la Jueza que falla -para individualizar la sanción- no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos.

Ap

1. Francisco -un ebanista de 55 años que recientemente sufrió una trombosis que le ha dejado la mitad del cuerpo paralizada-, fruto de su precaria situación económica y la necesidad de llevar el sustento diario a su familia, compuesta por su esposa y tres hijos menores; decide aceptar una propuesta de Mario, quien pertenece a una banda de secuestreadores. El trato consiste en resguardar a María, quien ha sido secuestrada por la banda de Mario, en la casa donde habitan Francisco y su familia, para lo cual, resulta necesaria la colaboración de su esposa e hijos. Pasados dos meses, María, tras un descuido de la familia de Francisco huye de la casa donde la tenían confinada y pone en

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia del 1º de Noviembre de 2007. Rad. 28384 M. P.: JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ.

conocimiento de las autoridades los hechos acaecidos.

Conforme el caso planteado, responda:

- a) Dado que la esposa de Francisco ha participado de los hechos ¿habría lugar a imponerle una sanción penal?
- b) Teniendo en cuenta la situación económica y física de Francisco ¿considera necesaria la pena, desde el punto de vista de la función que ha de cumplir la misma?
- c) En caso de aplicar una pena a Francisco ¿considera acertado, en términos punitivos, aplicar la "extrema pobreza" como una circunstancia de menor punibilidad que incida en la tasación de la pena?

2. Isaías, miembro de una red de "trata de blancas" con presencia internacional, una tarde de domingo conduce su camioneta Toyota por la avenida los Príncipes en Bogotá. Estacionado en un semáforo, Isaías es abordado por un indigente que le pide dinero, a lo cual aquel responde saliendo del vehículo y propinándole un disparo al indigente, consecuencia del cual, fallece. Horas más tarde, debido al aviso de varios testigos del hecho, Isaías es capturado por las autoridades.

Conforme el caso planteado, responda:

- a) ¿Habrá lugar a aplicar sobre Isaías alguna de las circunstancias de menor punibilidad que prevé la legislación nacional?
- b) Por el contrario ¿habrá lugar a aplicar sobre Isaías la circunstancia de mayor punibilidad

incrustada en el Código Penal como "motivo abyecto o fútil"?

3. En el mismo supuesto de hecho relatado, Isaías, después de dispararle al indigente, cae en la cuenta de su error y decide recogerlo y llevarlo rápidamente a un hospital donde, pese a la asistencia médica, fallece.

Según este nuevo supuesto, responda:

- a) ¿Habrá lugar a aplicar sobre Isaías la circunstancia de mayor punibilidad incrustada en el Código Penal como aplicar como "motivo abyecto o fútil"?
- b) ¿Considera que es posible aplicar en favor de Isaías la circunstancia de menor punibilidad contemplada en el inciso 6º del artículo 55: "Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible"?

Juan, un huérfano de 23 años que a lo largo de los últimos veinte, tras la muerte de sus padres, ha sido cuidado por su padrino en difíciles condiciones económicas por lo cual no ha terminado su bachillerato, lleva dos años de noviazgo con Grace, una estudiante de comunicación social que encontró en él la nobleza y sencillez que extrañaba de sus compañeros y amigos de trato social. La pareja decide casarse debido al amor que se tienen mutuamente. No obstante, un mes antes del matrimonio, Grace decide tener una aventura con otro hombre llamado Iván, para lo cual, dispone un fin de semana en Cartagena sin avisar a ninguna persona conocida. Juan que carece de un trabajo estable y por tanto se

Ae

dedica a cumplir las tareas que eventualmente pueda asumir, el mismo fin de semana en el cual Grace se dispone partir con Iván, es contratado por unas horas para recibir en el aeropuerto a una delegación de deportistas que vienen del exterior. Llegado el fin de semana, en desarrollo de su función, Juan, coincidencialmente, se encuentra con Grace en el aeropuerto, con tan mala fortuna que la ve besando a Iván, a lo cual Juan, profundamente enamorado, responde de manera inmediata propinando dos golpes en la cabeza al compañero de Grace, consecuencia de los cuales aquel fallece.

Conforme el caso planteado, responda:

1. ¿Habría lugar a que Juan se encontrara cobijado por alguna circunstancia de menor punibilidad como la ira y el intenso dolor?
2. ¿Habría lugar a imponer a Juan la pena con una circunstancia de mayor punibilidad como el motivo fútil?
3. Tomando en cuenta que se trata de un homicidio, ubicado en el artículo 103 del Código Penal, adelante el proceso de dosificación correspondiente aplicando el sistema de cuartos, teniendo como criterios que Juan carece de antecedentes penales, que no es una persona ilustrada y que después del hecho se sometió voluntariamente a las autoridades.

B

Constitución Política de Colombia 1991.
Código de la Infancia y la adolescencia. Ley 1098 de 2006.
Código Penal. Ley 599 de 2000.
Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.

J

Decreto 177 de 2008.
Ley 1142 de 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-176, mayo 6 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-565 de diciembre 7 de 1993, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Penal, Sentencia de septiembre 18/2001. Rad. 15610, Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-647 de 2.001, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Penal. Proceso No 25726, Bogotá D.C., febrero veintiuno (21) de dos mil siete (2007). Aprobado Acta No. 025 Magistrada Ponente: Marina Pulido De Barón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Penal, Proceso No 26087, Aprobado Acta No. 28. Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil siete (2007). Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón.



BIBLIOGRAFÍA GENERAL DEL MÓDULO

Código de la Infancia y la adolescencia. Ley 1098 de 2006
Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004.
Código Penal. Ley 599 de 2000.
Constitución Política de Colombia 1991.
Decreto 177 de 2008.
FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976, 314.
Ley 1142 de 2007.
PAPACCHINI, Ángelo. Filosofía y Derechos Humanos. Cali, Colombia Programa Editorial Universidad del Valle, 2003.
PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal, Partes General y Especial. Tomo II. Temis, Bogotá, 1982.
REYES Echandía, Alfonso. La punibilidad. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978.
ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
SÉNECA, de ira, iber I, XIX-7. Se refiere aquí a PLATÓN, Leyes, 934 a. Citado por: ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.



JURISPRUDENCIA GENERAL DEL MÓDULO

Corte Constitucional. Sentencia T-091 de 2006. M.P.: JAIME CÓRDOBA TREVIÑO.
Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.
Corte Constitucional. Sentencia C-665 de 2005. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional. Sentencia C-184 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Constitucional Sentencia T-1045 de 2002. M.P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS.

Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-312 de 2002. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2002. M.P.: CLARA INÉS VARGAS.

Corte Constitucional. Sentencia T-546 de 2002. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDAESPINOSA.

Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2002. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional. Sentencia C-1026 de 2001. M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL.

Corte Constitucional. Sentencia C-1404 de 2000. M.P.: CARLOS GAVIRIA Y ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001. M.P.: JAIME ARAUJO RENTERÍA.

Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001. M.P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. Sentencia T-490 de 1998. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 1996. M.P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 1996. M.P.: CARLOS GAVIRIADÍAZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 1996. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1995. M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1993. M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional. Sentencia C-260-93. M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992. M.P.: CIRO ANGARITABARÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de Febrero de 2007. Rad. 25726. M.P.: MARINA PULIDO DE BARÓN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación . Penal. Sentencia del 24 de Enero de 2007. Rad. 22797. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 17 de Octubre de 2007. rad, 20026. M.P.: JULIO E. SOCHA SALAMANCA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Sentencia del 1º de Noviembre de 2007. Rad. 28384. M. P.: JAVIER DE JESUS ZAPATA ORTIZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de Abril de 2006. Rad. 24687. M.P.:

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Sentencia del 28 de Febrero de 2006. Rad. 22478. M.P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de Septiembre de 2006. Rad. 25914. M.P.: MARINA PULIDO DE BARÓN.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de Marzo de 2006. Rad. 24300. M.P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del

4 de Mayo de 2006. Rad. 23435. M.P.: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de Abril de 2005. Rad. 23390. M.P.: EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de Agosto de 2004. Rad. 20673. M.P.: ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de mayo de 2004. Rad. 20642. M.P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2004. Rad. 20.597. M.P.: MAURO SOLARTE PORTILLA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de Abril de 2003 Rad. 18856. M.P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGOS.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de Mayo de 2003. Rad. 15627. M.P.: HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de Octubre de 2001. Rad. 15.215. M.P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15610, M.P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18285. M.P.: CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de Diciembre de 2001. M.P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de Diciembre de 2001. Rad. 13774, M.P. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Auto del 4 de Febrero de 1997, Rad. 12.697. M.P.: RICARDO CALVETE RANGEL.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de Octubre de 1982. M.P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.