

Artículo 61. Fundamentos para la individualización de la pena.

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

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

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

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

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

Humberto Sierra Olivieri, LL.M. (Freiburg i. Br.), profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

Dr. iur. **Hernán Darío Orozco**, LL. M. (Regensburg/Freiburg i. Br.), profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

16 de junio, 2026

Como se señaló al iniciar la exposición del sistema de cuartos, es posible afirmar que del texto legal se desprenden a grandes rasgos tres grandes fases que configuran este procedimiento. En este entendido, el art. 61 CP regula las dos últimas etapas del mismo, a saber, la selección del cuarto de movilidad (véase *infra* I) y la fijación de la magnitud de la

pena (véase *infra* II). Sin embargo, al igual que se observó en relación con la identificación del marco penal aplicable, a efectos de poder llevar a cabo las operaciones y valoraciones previstas por el legislador en esta disposición, es necesario tener en cuenta algunas consideraciones que van más allá del texto legal (véase *infra* III). Asimismo, con ocasión del último inciso del artículo bajo estudio es posible finalizar haciendo referencia al ámbito de aplicación del sistema de cuartos (véase *infra* IV).

I. La selección del “cuarto”

El inciso 1 del art. 61 CP inicia señalando que, tras haberse fijado los límites del marco penal, el juez dividirá lo que denomina como el “ámbito punitivo de movilidad” en cuartos. Con esta expresión el legislador vincula en el plano lingüístico la primera fase del sistema de cuartos con la subsiguiente: en efecto, en virtud del art. 60 CP, el proceso de determinación cuantitativo de la pena inicia con la fijación de los límites mínimos y máximos en los que el juez “se ha de mover”, mientras que la segunda fase inicia con la fragmentación de ese “ámbito punitivo de *movilidad*”. En todo caso, el lenguaje utilizado por el legislador no es un obstáculo para afirmar que con la expresión mencionada se hace referencia a lo que, siguiendo la terminología doctrinal, se ha venido denominando como marco penal.

El procedimiento descrito en la disposición mencionada consiste en restarle al límite máximo del marco penal el límite mínimo del mismo, para luego dividir por cuatro el resultado obtenido de dicha sustracción. A continuación, el valor que se obtenga se deberá sumar al límite mínimo del marco penal a efectos de obtener un primer segmento. Posteriormente, al límite máximo de ese segmento, aumentado en un día, se le sumará nuevamente el valor obtenido inicialmente en la división para obtener el siguiente segmento y así sucesivamente, partiendo siempre del límite máximo del segmento anterior aumentado en un día para evitar que haya intersecciones entre los segmentos definidos.ⁱ Realizada esta operación, el juez habrá obtenido cuatro segmentos dentro del marco penal, a los cuales se les denomina cuartos.ⁱⁱ

Habiendo establecido los cuartos, el juez deberá seleccionar uno de ellos, el cual será en realidad el *marco penal concreto* para el caso bajo análisis.ⁱⁱⁱ Para guiar esa selección el art. 61 inc. 2 CP indica que el juez deberá evaluar la concurrencia de circunstancias “de atenuación o agravación”. Como se mencionó al analizar las circunstancias modificadoras en el contexto del art. 60 CP, el legislador no siempre es uniforme en la terminología utilizada en la regulación de la dosificación punitiva. Esta falta de uniformidad resulta particularmente evidente en la regulación de la fase bajo estudio: si bien en el art. 61 inc. 2 CP se hace referencia a circunstancias de “atenuación” o “agravación punitiva”, dichos criterios están previstos en los arts. 55 y 58 CP bajo los rótulos de circunstancias de “menor” y “mayor punibilidad”. Debido a esta particularidad y para evitar confusiones, la doctrina y jurisprudencia se suelen referir a las situaciones previstas en estas disposiciones como “fundamentos no modificadores de los extremos punitivos”.^{iv} En todo caso, al igual que las circunstancias modificadoras de los límites, las situaciones previstas en los artículos mencionados atañen a distintos aspectos de la conducta punible y las características del autor, pero abarcan también factores que van más allá de estos, incluyendo situaciones post-delictuales.

Una vez identificadas las circunstancias que concurren en el caso bajo análisis y habiendo excluido las que ya se tuvieron en cuenta en otro momento de la valoración de la conducta (*prohibición de doble valoración*, arts. 55 y 58 CP), el juez debería en principio tener suficientes elementos para seleccionar alguno de los posibles marcos penales previamente identificados. Así, podrá ubicarse en el primer cuarto, el “mínimo”, en los escenarios en los que no se hayan verificado circunstancias de menor o mayor punibilidad o solo hayan concurrido aquellas; en los dos medios cuando concurren tanto las unas como las otras; y en el último cuarto o “máximo” cuando se compruebe la concurrencia únicamente de las de mayor punibilidad (art. 61 inc. 2 CP).

Como se puede observar, a diferencia de lo que sucede respecto del primer y del último cuarto, el legislador guarda silencio en relación con el criterio que debe seguir el juez a efectos de seleccionar uno de los dos segmentos intermedios. En virtud de esta particularidad, en la jurisprudencia se señala ocasionalmente que, pese a que la ley prevea una división en cuartos, el resultado que se obtiene de la división del marco penal es una segmentación en tercios, en la cual el segmento intermedio tiene el doble de la extensión que los dos extremos.^v No obstante, la Corte Suprema no ha tratado siempre de forma uniforme este problema; también es posible encontrar decisiones en las cuales se mantiene la división de los dos cuartos medios y se hace referencia bien sea a un *criterio exclusivamente numérico* para elegir en cuál de los dos ubicarse,^{vi} bien sea a la *naturaleza de las circunstancias* como parámetro para la selección de alguno de los dos.^{vii, viii}

II. La individualización de la pena

El último paso que debe realizar el juez para determinar la pena en virtud del sistema de cuartos corresponde a la valoración de una serie de criterios (véase *infra* 1), cuya “ponderación” permite la fijación de una magnitud concreta dentro del cuarto seleccionado (véase *infra* 2).

1. Los criterios para la individualización de la pena

El art. 61 CP prevé en su inc. 3 una serie de criterios que el “sentenciador” deberá valorar en todos los casos a efectos de fijar la pena a imponer. Estos criterios son “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”. Asimismo, en el inc. 4 se establecen criterios especiales que resultan aplicables a los casos de delitos tentados o de intervención en calidad de cómplice o interviniente, en los cuales el juez deberá tener en cuenta adicionalmente el “grado de aproximación al momento consumativo” o el “grado de eficacia de la contribución o ayuda” respectivamente.

Toda vez que el legislador se limita a mencionar estos “aspectos” pero no ofrece ulteriores elementos para su interpretación, ha sido principalmente la jurisprudencia quien han intentado definirlos y dotarlos de contenido.

a. La gravedad de la conducta y el daño creado

El primer criterio que debe ser valorado por el juez para la fijación de la pena al interior del cuarto seleccionado es la gravedad de la conducta y el daño real o potencial creado por ella.

Tras una revisión de la jurisprudencia se constata rápidamente que estos dos conceptos resultan ampliamente utilizados por los jueces de instancia, lo que ha dado lugar a una relativamente amplia cantidad de decisiones de casación que se ocupan de este factor. La Corte Suprema ha señalado que, en lo que atañe a la *gravedad de la conducta*, debe tenerse en cuenta “la mayor o menor afectación al bien jurídico”, mientras que para analizar el *daño* se debe valorar “la extensión del perjuicio”.^{ix} De estas definiciones se deduce, por ejemplo, que la cuantía (en los casos de delitos patrimoniales)^x y la duración de la lesión al bien jurídico (en el caso de los delitos de ejecución permanente) pueden servir de orientación para fijar la magnitud de la pena.^{xi}

Sin embargo, particularmente al referirse a la gravedad de la conducta, las definiciones de la Corte alcanzan en ciertas ocasiones un mayor nivel de abstracción. Así, en algunas providencias se ha señalado que con base en ella se debe establecer si el delito consistió en un “ataque frontal al bien jurídico”^{xii} o generó “alarma social”.^{xiii} En otras ocasiones se ha indicado que con esta expresión se hace referencia a la “antijuridicidad del comportamiento y la dimensión del injusto”,^{xiv} a la “trascendencia y la connotación de la conducta”^{xv} o a la “intensidad del injusto”.^{xvi} Del mismo modo, en algunas sentencias se ha considerado que los factores relevantes para su valoración son las “circunstancias que rodearon el hecho”,^{xvii} mientras que en otras se ha indicado que se debe valorar más bien el “grado de reproche en términos retributivos”.^{xviii}

b. La intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes

El Código Penal prevé expresamente que las conductas punibles pueden ser realizadas mediante dolo, culpa o preterintención y señala qué debe entenderse bajo estas categorías y cuáles son sus características (arts. 21, 22, 23 y 24 CP). En consecuencia, parece obvio que este criterio para individualizar la pena está directamente relacionado con estas “modalidades de la conducta punible”. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que a efectos de determinar la pena “no es lo mismo” que un delito se realice “con dolo directo de primer grado, a que ocurra con dolo directo de segundo grado o dolo eventual”.^{xix} Estas afirmaciones permiten concluir que la distinción entre las formas de culpa previstas en el art. 23 CP también debe tener repercusiones en la determinación cuantitativa de la pena.

No obstante, de un examen más detallado de las decisiones del alto tribunal se desprende que, de forma similar a lo que sucede en relación con la gravedad de la conducta, a la hora de interpretarse este criterio la Corte ofrece una gran variedad de definiciones y factores que van mucho más allá de las mencionadas formas de realización de la conducta. En este sentido, en algunas decisiones se señala que este criterio implica la valoración de “la gradualidad o firmeza de la conciencia y voluntad para la realización de la conducta”,^{xx} o que para su análisis se debe tener en cuenta la “modalidad de ejecución”^{xxi}, la “posibilidad de actuar conforme a derecho”^{xxii} o la “trayectoria” del autor.^{xxiii} De forma más general, en otras ocasiones se afirma que con este factor se hace referencia al “grado de culpabilidad” del autor.^{xxiv}

c. La naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad

A diferencia de las numerosas decisiones que abordan los dos criterios que se acaban de examinar, la interpretación del significado de la “naturaleza” de las circunstancias de mayor

o menor punibilidad rara vez ha sido abordada por el alto tribunal de manera específica. En efecto, aunque ocasionalmente se haya señalado que su valoración forma parte del análisis de la gravedad de la conducta,^{xxv} son escasas las consideraciones concretas que sirvan para explicar cuál es la diferencia entre este criterio y el primero de los señalados en el inciso bajo análisis.

d. La necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto

En el art. 3 CP el legislador señala explícitamente las funciones que considera que tiene la pena. Así, menciona la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. Aprovechando dicha previsión legal, la Corte Suprema ha avalado el recurso de los jueces a cualquiera de los fines mencionados a la hora de fijar la pena, reconociendo la posibilidad de justificar una menor o mayor sanción en virtud de un fin retributivo,^{xxvi} de prevención general –negativa^{xxvii} o positiva–^{xxviii} o preventivo especial, tanto en sus variables negativa^{xxix} como positiva^{xxx}. Sin embargo, en estas decisiones no se señalan los requisitos o las condiciones concretas para que se pueda recurrir a dichas modificaciones, sino que simplemente se presentan afirmaciones generales sobre su significado.

De otra parte, en relación con la “necesidad de pena”, la cual es consagrada expresamente por el código como criterio aparentemente desligado de las funciones, la Corte tampoco ha indicado los factores que sirven para valorarla en el caso concreto. Así, en las decisiones en las que se ha referido a este criterio se ha limitado a señalar que con este no se debe solo valorar la situación del condenado, sino que debe “tenerse en consideración además (...) los intereses de toda la comunidad”.^{xxxi} En otras decisiones ha sugerido que la evaluación de la necesidad de la pena se traduce simplemente en la observancia de todas las disposiciones relevantes en el curso de la dosificación punitiva, prestando particular atención a las reglas para la procedencia de los sustitutos penales.^{xxxii}

2. Ponderación y fijación de una magnitud concreta

Tras haber evaluado los criterios en cuestión, el juez tiene a su disposición todos los elementos que necesita para la fijación de la magnitud concreta de la pena. El significado de la operación de ponderación a la que se refiere el art. 61 inc. 3 CP en el contexto de la determinación de la pena no ha sido objeto de mayores consideraciones por parte de la jurisprudencia ni de la doctrina nacional.^{xxxiii} Sin embargo, a partir de una revisión de las decisiones de la Corte se constata rápidamente que el alto tribunal no exige con base en esta expresión que el juez de instancia siga una metodología de valoración específica. Así, la previsión del legislador de que el sentenciador impondrá la pena “ponderando los siguientes aspectos” puede ser entendida actualmente como que el juez impondrá la pena *tomando en consideración* los criterios establecidos en la disposición bajo análisis.

III. Consideraciones adicionales

Si bien el texto legal sugiere que, tras la ponderación de los criterios mencionados, el juez puede sin más determinar cuantitativamente la pena, en la práctica, a efectos de poder fijar la magnitud definitiva de la pena, es necesario tener en cuenta algunos puntos adicionales.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el legislador nacional no estableció las unidades de medida en las que se debe imponer la pena definitiva.^{xxxiv} Particularmente en relación con la pena privativa de la libertad esto implica que su imposición podría expresarse en segundos, minutos, horas, días, meses o años. Ahora, si bien como se mencionó al abordar la fijación de los límites del marco penal, los jueces utilizan los meses para hacer las distintas operaciones matemáticas que son relevantes a lo largo de este procedimiento, esta regla de carácter operativo no resuelve el problema de fondo. En este sentido, si se observan las decisiones de los jueces se constata rápidamente que, en los casos en los cuales la pena obtenida no es un número entero de meses, queda al arbitrio del juez si se mantiene la parte decimal en la parte resolutive de la sentencia, si se aproxima el resultado, o si se realiza una conversión de la parte decimal a días. En este último escenario sería incluso posible imponer penas de prisión que incluyeran horas, minutos o segundos. Pese a esta última posibilidad, tras una revisión de la jurisprudencia de la Corte se observa que la *unidad mínima para medir la pena de prisión* suele ser los días.^{xxxv}

Asimismo, resulta problemático que para hacer las aproximaciones apenas mencionadas – o en general cualquiera que resulte necesaria en otras etapas del sistema de cuartos – no existan reglas de carácter legal ni jurisprudencial: la decisión de si se aproxima por defecto o por exceso es también una cuestión que cada juez decide según su criterio. Lo único que se puede observar aquí es que los jueces no suelen trabajar con más de dos decimales.^{xxxvi} Criterios interpretativos como el *favor libertatis* podrían servir para propender en todos los casos por una *aproximación por defecto* para reducir la cantidad de decimales.

Por otra parte, las conversiones de meses a días obligan a establecer cuántos días se entiende que tiene un mes. Para resolver esta última cuestión resulta particularmente inconveniente que en la ley penal no se encuentre ninguna indicación al respecto. En efecto, si se toman como referencia los meses del calendario, la fijación efectiva de la pena de prisión resultaría una labor extremadamente compleja. Por lo anterior, en la práctica, los jueces asumen a la hora de determinar la pena que los *meses tienen 30 días* y con base en esta asunción realizan los cálculos necesarios.^{xxxvii}

Igualmente, a diferencia de lo que sucedía en las legislaciones anteriores, en las cuales las circunstancias de menor y mayor punibilidad podían ser relevantes a efectos de ubicarse provisionalmente en la pena mínima o máxima,^{xxxviii} el Código Penal actual no hace ninguna referencia a cuál es el punto de entrada al marco penal concreto, esto es, a cuál es la pena provisional a partir de la cual se realiza un aumento o disminución en virtud de los criterios del art. 61 inc. 3 y 4 CP. Por lo anterior, la Corte sugiere que se debe partir de la *pena mínima del cuarto seleccionado*, de modo que la carga argumentativa del juez aumenta a medida que se aparte de ese flanco inferior.^{xxxix}

También cabe mencionar que la jurisprudencia de casación, a la hora de corregir los ejercicios de determinación cuantitativa y en los casos en los que ha actuado como juez de instancia, ha sugerido que se establezca primero la magnitud de la pena de prisión y posteriormente se extraiga el porcentaje en el que se aumentó en relación con la pena mínima del cuarto seleccionado, a efectos de que dicho *mismo aumento porcentual* se aplique para todas las demás penas dentro de sus respectivos marcos penales concretos.^{xl}

Por otra parte, como se indicó al referirse al art. 39 CP, el legislador prevé expresamente un procedimiento para la fijación de la pena de multa en su modalidad progresiva, el cual constituye en principio el único procedimiento de determinación cuantitativa de la pena diferente al sistema de cuartos. En atención a esta regulación, en la jurisprudencia se ha precisado que las dos modalidades de multa se encuentran “perfectamente diferenciadas” en razón tanto de su “naturaleza, forma de aplicación e intensidad como en los criterios que guían su determinación”.^{xli} Sin embargo, al revisar las decisiones del alto tribunal, particularmente cuando ha actuado como juez de instancia, se observa que en ciertas ocasiones ha señalado en relación con la pena de multa acompañante de la pena de prisión que “una vez establecido el correspondiente ámbito de movilidad, su individualización se hará con sujeción a los criterios del inciso tercero del citado artículo 39”.^{xlii} Así las cosas, parecería que para la *individualización de la multa acompañante* se debe recurrir a los criterios que guían la selección del número de unidades de multa en su modalidad progresiva y no a los del art. 61 inc. 3 CP.^{xliii}

Por último, si bien de la lectura de las disposiciones consagradas en el capítulo segundo del Título IV se desprende que tras la ponderación de los criterios mencionados se obtendría la magnitud definitiva de la pena, la jurisprudencia ha señalado que cuando concurren “conductas” o “fenómenos post delictuales” el juez deberá aplicar las reducciones previstas en las disposiciones que los consagran sobre la pena individualizada.^{xliv} Estos *fenómenos que modifican la magnitud de la pena* pueden ser de carácter material, como lo son por ejemplo la “reparación” en los delitos contra el patrimonio económico (art. 269), el “reintegro” en el peculado (art. 401), la “retractación” para el delito de falso testimonio (art. 443) o la “presentación voluntaria” en el delito de fuga de presos (art. 451), o de carácter procesal, como lo son las rebajas por allanamiento a cargos (art. 350 CPP).

Ahora bien, toda vez que tras la fijación definitiva de la magnitud de la o las penas a imponer el juez debe considerar otros aspectos relacionados con su ejecución, si se quiere ser riguroso no se puede hablar de que con esa fase concluya propiamente el proceso de dosificación punitiva. En este entendido, en la literatura se suele distinguir entre la determinación de la pena en *sentido estricto*, que corresponde a la “elección de la clase de pena” y a la “fijación de la cuantía exacta de la pena a imponer al condenado”, y la determinación de la pena en *sentido amplio*, que implica la evaluación de los demás aspectos relacionados con su ejecución.^{xlv} Así las cosas, con la eventual aplicación de los efectos previstos para los casos en los que se verifiquen fenómenos post delictuales concluye la *determinación de la pena en sentido estricto*. Para continuar con el siguiente paso – la *determinación de la pena en sentido amplio*– será necesario remitirse, por un lado, a las consideraciones efectuadas en relación con los arts. 38 a 38Ñ CP y, por otro, al estudio de los “mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad” previstos en el capítulo tercero del Título IV, entre los arts. 63 y 68A CP.

IV. Ámbito de aplicación del sistema de cuartos en el contexto de la justicia consensuada

Para finalizar la exposición del sistema de cuartos es necesario mencionar una particularidad en relación con su procedencia en los procesos penales que involucren preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa. Si bien de acuerdo con el diseño inicial del código la metodología prevista en los arts. 60 y 61 CP resultaba aplicable de manera general para la

tasación de todas las penas distintas a la multa progresiva, con la modificación del procedimiento penal a efectos de conferirle un carácter de tendencia acusatoria su ámbito de aplicación fue restringido. En efecto, la introducción de mecanismos de terminación anticipada del proceso en desarrollo de la concepción de una justicia penal de carácter premial resulta en gran medida incompatible con la rigurosidad del modelo de determinación judicial de la pena que, como se vio, tiene como objetivo central restringir la discrecionalidad de los funcionarios judiciales. Para superar la incompatibilidad entre la nueva tendencia del sistema procesal penal y la motivación para la concepción del modelo de fijación de las penas, el legislador introdujo con el art. 3 de la Ley 890 de 2004 un inciso final en el art. 61 CP en virtud del cual se establece que “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”.

Ahora bien, pese a la aparente claridad de esta previsión, su interpretación ha dado lugar a dudas ocasionadas por los distintos tipos de acuerdos a los que pueden llegar la fiscalía y la defensa en el marco del Código de Procedimiento Penal.^{xlvi} Así las cosas, a efectos de reducir la complejidad de este asunto y de ofrecer una orientación a los jueces de instancia, la Corte Suprema ha señalado que en materia de preacuerdos y en lo que atañe a su incidencia sobre la determinación de la pena es posible en términos generales que se presenten dos escenarios: por una parte, que no haya “convenio sobre la pena a imponer” o que, por otra, en la negociación se pacte el “monto de la sanción”. Teniendo en cuenta estos dos escenarios, la aplicación del sistema de cuartos queda excluida únicamente en relación con los preacuerdos del segundo grupo, casos en los cuales, en virtud del inciso bajo análisis en concordancia con los arts. 351 inc. 4 y 370 CPP, el juez deberá limitarse a imponer la sanción acordada, siempre y cuando se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para la aprobación del acuerdo. En el otro escenario, si bien se deberán tener en cuenta las particularidades acordadas por las partes en relación con los hechos y sus consecuencias, la determinación de la pena se realizará siguiendo los parámetros fijados en los arts. 60 y 61 CP.^{xlvi}

Observaciones críticas a la regulación de la dosificación punitiva en los arts. 59 a 61 CP

Dejando de lado las críticas de carácter penológico que se puedan hacer sobre el catálogo de penas consagrado por el legislador y sus características particulares, así como las inconsistencias y los vacíos legales que se señalaron en las páginas anteriores, el sistema de cuartos ofrece a primera vista una metodología detallada para la dosificación cuantitativa de la pena. Sin embargo, si se examina más detenidamente este modelo, considerando además las normas que lo complementan, se constata que pese –o quizás debido– a la minuciosidad del legislador es difícil identificar los *criterios centrales* que determinan la magnitud de la pena. En efecto, a la hora de fijar los límites del marco penal el juez debe considerar la eventual configuración de figuras jurídicas que pueden ser relevantes en distintos niveles de valoración del delito como lo son, por ejemplo, la complicidad, el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad, la ira y el intenso dolor o la marginalidad del autor. Por otra parte, para la selección del cuarto se deben tener nuevamente en cuenta tanto situaciones similares,^{xlvi} como otras circunstancias que no guardan a primera vista una relación estrecha con la valoración del hecho concreto como lo son la falta de antecedentes penales^{xlvi}, la reincidencia^l, los intentos de reparación de la víctima^{li} o el incremento del daño.^{lii}

Adicionalmente, las circunstancias de menor punibilidad apuntan predominantemente a elementos subjetivos,^{liii} mientras que las de mayor punibilidad hacen referencia principalmente a momentos objetivos del delito.^{liv}

Al analizar la fase de individualización de la pena al interior del cuarto resulta aparentemente más fácil extraer criterios rectores puesto que el art. 61 inc. 3 CP hace referencia a una serie de conceptos generales. Sin embargo, su ubicación sistemática en esta última fase del sistema de cuartos así como su redacción hace surgir más preguntas que respuestas. En primer lugar, es por lo menos confuso que la gravedad de la conducta o el daño causado solo deban considerarse como criterio explícito en la última fase del proceso de determinación de la pena: ¿Qué expresa la valoración de figuras como la tentativa en la fase de fijación de los límites o la concurrencia predominante de circunstancias agravantes para la selección del cuarto sino una evaluación de la gravedad del delito? Asimismo, no es fácil entender lo que pretende el legislador con la ponderación de la “naturaleza” de las circunstancias de menor y mayor punibilidad: por un lado, porque su carácter –atenuante o agravante– está claramente definido en el texto legal y, por otro, porque estas son una extensa lista de factores muy diferentes, que van desde la situación del autor antes de cometer el delito hasta su comportamiento post delictual. La intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes también plantea dificultades interpretativas: desde un punto de vista teórico-dogmático cabe preguntarse si las consideraciones sobre estas categorías no forman parte de la valoración de la gravedad de la conducta y, por ende, resulta poco sistemática su inclusión independiente junto a los demás criterios de esta fase. Finalmente, la referencia a las funciones de la pena y a la necesidad de la misma también es problemática en cuanto el art. 4 CP prevé expresamente que todos los fines deben ser tenidos en cuenta a la hora de imponer la pena y no resulta claro cómo el juez debe seleccionar una finalidad específica en la situación concreta.

La falta de criterios rectores claros para la fijación de la magnitud de la pena da lugar a un problema adicional para la interpretación del modelo de determinación de la pena regulado en la ley, a saber, la dificultad de *explicar racionalmente el procedimiento* previsto. En efecto, el hecho de que en varias de las fases del sistema de cuartos esté prevista la valoración de una gran cantidad de elementos de muy distinta naturaleza y que muchos de estos, como se acaba de indicar, sean relevantes repetidamente en distintos momentos del procedimiento, hace surgir la impresión de que el procedimiento diseñado por el legislador pretende compensar, por medio de la introducción de delimitaciones obtenidas a través de operaciones matemáticas, la falta de pautas claras sobre cuáles son realmente los parámetros que guían la determinación de la magnitud de la pena.^{lv} Así, ante la dificultad de ofrecer una explicación racional de cada etapa del sistema de cuartos y las operaciones que este involucra, su objetivo parece reducirse más bien a *limitar la discrecionalidad del juez y no a reflejar una concepción teórica o político criminal* de lo que se considera que caracteriza la tarea judicial de dosificar la pena.^{lvi}

Estos aspectos problemáticos en relación con la regulación del sistema de cuartos han dado lugar a que esta labor del juez de instancia se suela considerar como una actividad puramente formal en la que la realización de operaciones matemáticas y la mera enunciación y enumeración de circunstancias tienden a sustituir la valoración efectiva del autor, de su conducta, así como la presentación de un ejercicio argumentativo. De este modo, si bien es

cierto que bajo los anteriores códigos penales tampoco se podía hablar de un amplio desarrollo jurisprudencial en relación con los criterios y el procedimiento de determinación de la pena, tras la adopción del Código Penal de 2000 se constata una evolución preocupante: la determinación de la pena ha pasado de ser “el aspecto menos atendido” de la sentencia,^{lvii} a convertirse en una actividad meramente técnica, casi automatizada, en la que hay poco lugar para consideraciones materiales.^{lviii} Esta tendencia hacia un enfoque mecanicista de la determinación de la pena se refleja también en las decisiones proferidas en sede de casación.^{lix}

Ante esta multiplicidad de factores y la consecuente falta de criterios centrales, en algunas sentencias, pero sobre todo en la doctrina, se ha intentado identificar categorías que logren agrupar la variedad de circunstancias que se deben tener en cuenta a lo largo de la dosificación de la pena y que permitan orientar su interpretación. En este sentido, algunos autores nacionales – retomando la discusión internacional al respecto – consideran que para determinar la magnitud de la pena el juez debe graduar y poner en relación dos categorías centrales: el *injusto* y la *culpabilidad*.^{lx} Estos dos criterios permitirían aproximarse de una forma más racional al procedimiento establecido en el código y explicar algunas de las aparentes inconsistencias señaladas en los párrafos anteriores: en la primera fase del sistema de cuartos las diversas figuras jurídicas que se deben tener en cuenta para la fijación de los límites del marco penal podrían entenderse como circunstancias que el legislador considera que, de comprobarse, modifican en todos los casos bien sea la gravedad del injusto (por ejemplo, en lo que atañe las circunstancias agravantes o atenuantes o a la tentativa) o la culpabilidad del autor (por ejemplo, el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad, la marginalidad o la ira y el intenso dolor); por ende, darían lugar a un marco penal diferente al de una conducta que se adecúe al mismo tipo penal pero en la que no concurra ninguna de ellas.^{lxi}

Tras haberse realizado esa primera valoración, el juez pasaría a reducir el espectro de penas posiblemente aplicables a través de una evaluación más específica del caso concreto de la mano de situaciones que abordan los dos aspectos centrales mencionados en situaciones de menor intensidad.^{lxii} Al finalizar este ejercicio el juez obtendría un marco penal concreto al interior del anterior, en el cual las penas contenidas serían desde la perspectiva del legislador proporcionales para un caso de similar gravedad.^{lxiii} Habiendo obtenido entonces este espectro de penas más reducido, el juez podría entrar a hacer una valoración más específica de las particularidades del caso, en la cual no solamente serían relevantes otras circunstancias similares a las anteriores y que podrían modificar nuevamente la intensidad del injusto o de la culpabilidad,^{lxiv} sino también eventuales consideraciones sobre el autor o el contexto de la infracción.^{lxv}

El resultado de la interpretación del sistema de cuartos de la mano de estos dos criterios centrales permitiría entonces afirmar que este consistiría en un proceso de graduación, de *valoración del injusto culpable*, en la cual el legislador buscaría no solo influir a través de una primera graduación abstracta de la conducta, es decir, fijando el marco penal general para el tipo delictual, sino también tener cierta injerencia en la valoración del caso concreto, a través de la delimitación de un marco penal más estrecho a su interior, en el cual se encontrarían penas que en principio serían más adecuadas para un caso con las particularidades del *sub examine*.

Ahora bien, pese a la aparente consistencia de esta propuesta interpretativa y su potencial crítico del texto legal^{lxvi} cabe mencionar brevemente algunos de sus inconvenientes. En primer lugar, es discutible que ciertas circunstancias que deben ser valoradas a lo largo del sistema de cuartos puedan reconducirse a las categorías del injusto y de la culpabilidad.^{lxvii} Esto ha llevado a que en la doctrina se considere que la valoración de estos dos aspectos está acompañada también transversalmente por la consideración de necesidades preventivas en relación con el autor o la sociedad o, más ampliamente, de la categoría de la punibilidad.^{lxviii} Sin embargo, la inclusión de este tercer parámetro puede ser la puerta de entrada para la valoración de circunstancias de carácter moralista, populista o cuya relevancia es por lo menos difícil de explicar.^{lxix} Asimismo, el esbozo que se desprende de la literatura de un proceso de graduación escalonado con miras a definir de una manera cada vez más precisa la gravedad de un caso específico para desembocar en una pena concreta contrasta con la inflexibilidad de ciertas reglas aritméticas previstas en el texto legal.^{lxx} Por último, en la ciencia del Derecho penal es cada vez más discutido si se debe mantener la división entre injusto y culpabilidad y si, en caso de abandonarse dicha división,^{lxxi} es posible aproximarse a la determinación de la pena desde otras perspectivas.^{lxxii}

Una discusión sobre el mérito y las consecuencias de estas propuestas excedería el marco de este comentario puesto que implicaría abordar exhaustivamente lo que en la ciencia del Derecho penal se denomina como la *teoría de la determinación de la pena*, área temática que cuenta con un lenguaje técnico y con propuestas teóricas que van más allá de las discusiones tradicionales del Derecho penal, las cuales suelen concentrarse en la teoría del delito.^{lxxiii} Sin embargo, las consideraciones hechas en las páginas anteriores y las críticas planteadas son una invitación a rechazar afirmaciones habituales en nuestro país según las cuales la determinación de la pena “es una cuestión meramente procesal”, “no es un asunto teórico, sino un asunto técnico” o se trata de un “ejercicio de calculadora”.^{lxxiv} La imagen imperante en nuestro ordenamiento de la determinación de la pena como un mero automatismo guiado por operaciones matemáticas no le hace justicia a la importancia de la labor que implica fijar la magnitud de la *intervención estatal más dolorosa* para un ciudadano, en particular si se tiene en cuenta que –finalizando con una cita de Pérez– “[t]res meses de aumento en la sanción son a veces definitivos para el condenado. La multa básica de un millón de pesos puede soportarse, mas no el aumento hasta en otros tantos. La eficacia del derecho penal, se mide y comprueba en la cuantía de la condena, tanto como en los elementos que condujeron a decretarla”.^{lxxv}

ⁱ Si se observa el texto legal, esta adición de un día a los límites inferiores creados al interno del marco penal inicial no se encuentra prevista expresamente. De este modo, al igual que como se señaló en relación con la conversión de las penas de prisión de años a meses, esta operación ha sido introducida por la jurisprudencia a efectos de evitar dificultades operativas. Sobre las “razones de orden lógico y jurídico” que fundamentan esta operación véase CSJ, Sentencia (SP338-2019) del 13 de febrero de 2019, rad. 47675. Sin embargo, cabe resaltar que dichos aumentos no son aplicados con la misma minucia en relación con los límites de los cuartos de la pena de multa acompañante de la pena de prisión: véase, por ejemplo, CSJ, Sentencia (SEP00050-2021) del 6 de mayo de 2021, rad. 44368. Autores como *Pérez Bedoya* parecen sugerir que no se debe realizar esta adición (Dosificación, p. 77).

ii Tomando como ejemplo el caso del homicidio agravado (art. 104 CP), se tendrían entonces que realizar las siguientes operaciones: la pena mínima del marco penal (400 meses) tendría que ser restada a la pena máxima (600 meses). El resultado obtenido de dicha sustracción (200 meses) se dividiría por 4, obteniéndose así que cada cuarto tendría una extensión de 50 meses. Con base en lo anterior se podría entonces pasar a identificar los cuartos al interior del marco penal inicial: el primero iría de 400 a 450 meses; el segundo de 450 meses y un día a 500 meses; el tercero de 500 meses y un día a 550 meses; y el último de 550 meses y un día a 600 meses.

iii En la literatura extranjera se suele diferenciar entre un “marco penal genérico” para referirse al marco penal previsto por los distintos tipos penales y a un “marco penal concreto” para indicar aquel sobre el cual se han aplicado eventuales modificaciones (cfr. *Muñoz Conde*, Francisco y *García Arán*, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 572). Sin embargo, debido a las particularidades del sistema de determinación de la pena colombiano es posible hablar de tres marcos penales: uno inicial, que correspondería al previsto de manera general en el tipo penal, uno intermedio, que sería aquel que se obtendría tras realizar eventualmente modificaciones de los límites, y uno definitivo (el denominado “cuarto”), que sería el relevante para el caso concreto. En este sentido *Velásquez Velásquez*, Fundamentos, pp. 736, 747.

iv Al respecto véase nota al pie **¡Error! Marcador no definido..**

v Cfr., entre muchas otras, CSJ, Sentencia (SP351-2022) del 23 de agosto de 2023, rad. 57437; CSJ, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, rad. 26227. Crítico de esta postura *Velásquez Velásquez*, Derecho Penal y Criminología, vol. 22, núm. 73 (2001), p. 82. La compatibilidad de esta interpretación con la voluntad del legislador puede eventualmente ser cuestionada al revisar los antecedentes legislativos del artículo en cuestión (véase “Introducción a los artículos 60 y 61 CP”)

vi Así CSJ, Sentencia (SP6699-2014) del 28 de mayo de 2014, rad. 43524. En sentido similar, entre otras, CSJ, Sentencia del 27 de mayo de 2004, rad. 20642.

vii Así CSJ, Sentencia (SEP 00144-2021) del 2 de diciembre de 2021, rad. 50643; CSJ, Sentencia (SP338-2019) del 13 de febrero de 2019, rad. 47675.

viii Cabe mencionar que en los casos en los que en la determinación cualitativa se establezca la imposición de varios tipos de penas la jurisprudencia indica que se debe seleccionar el mismo cuarto para todas ellas (cfr. CSJ, Sentencia [SEP00050-2021] del 6 de mayo de 2021, rad. 44368; CSJ, Sentencia [SP12439-2017] del 16 de agosto de 2017, rad. 43514; CSJ, Sentencia [SP16880-2014] del 10 de diciembre de 2014, rad. 42432).

ix CSJ, Sentencia del 25 de agosto de 2010, rad. 33458 (p. 17).

x Cfr. CSJ, Sentencia del 9 de septiembre de 2009, rad. 21200.

xi Cfr. CSJ, Sentencia del 25 de agosto de 2010, rad. 23734.

xii CSJ, Sentencia del 16 de septiembre de 2010, rad. 26680 (p. 65).

xiii CSJ, Sentencia del 9 de septiembre de 2009, rad. 21200 (p. 37).

xiv CSJ, Sentencia del 21 de febrero de 2011, rad. 27918 (pp. 90 y s.).

xv CSJ, Sentencia del 5 de mayo de 2010, rad. 32712, (pp. 66 y s.).

xvi CSJ, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, rad. 24333 (pp. 24 y s.).

xvii CSJ, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, rad. 24333 (pp. 24 y s.). En el mismo sentido CSJ, Sentencia del 24 de marzo de 2010, rad. 31560.

xviii CSJ, Sentencia (SP918-2016) del 3 de febrero de 2016, rad. 46647 (p. 17).

-
- ^{xix} CSJ, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, rad. 35269 (pp. 12 y s.).
- ^{xx} CSJ, Sentencia del 10 de junio de 2009, rad. 27618 (pp. 11 y s.).
- ^{xxi} CSJ, Sentencia del 27 de enero de 2010, rad. 29753 (p. 61).
- ^{xxii} CSJ, Sentencia (SP5065-2015) del 28 de abril de 2015, rad. 36784 (pp. 231 y s.).
- ^{xxiii} CSJ, Sentencia del 17 de junio de 2009, rad. 27339 (pp. 79 y s.).
- ^{xxiv} CSJ, Sentencia del 25 de marzo de 2004, rad. 18654, (pp. 104 y ss.).
- ^{xxv} Cfr. CSJ, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, rad. 35269.
- ^{xxvi} Cfr. CSJ, Sentencia (SEP00054-2021) del 27 de mayo de 2021, rad. 50647; CSJ, Sentencia (SP8057-2015) del 24 de junio de 2015, rad. 40382
- ^{xxvii} Cfr. CSJ, Sentencia (SEP 00144-2021) del 2 de diciembre de 2021, rad. 50643 (pp. 113 y s.).
- ^{xxviii} Cfr. CSJ, Sentencia (SEP 00144-2021) del 15 de septiembre de 2004, rad. 19948 (pp. 36 y s.).
- ^{xxix} Cfr. CSJ, Sentencia (SP621-2018) del 7 de marzo de 2018, rad. 51482 (pp. 39 y s.).
- ^{xxx} Cfr. CSJ, Sentencia (SP621-2018) del 7 de marzo de 2018, rad. 51482 (pp. 39 y s.).
- ^{xxxi} CSJ, Sentencia (SEP00054-2021) del 27 de mayo de 2021, rad. 50647 (pp. 89).
- ^{xxxii} Cfr. CSJ, Sentencia (SP042-2018) del 24 de enero de 2018, rad. 46283 (pp. 10 y s.).
- ^{xxxiii} La Corte Suprema de Justicia se ha limitado a indicar que “ponderar” es una operación que va más allá de la “simple transcripción” de los criterios del art. 61 inc. 3 CP (CSJ, Sentencia [SP918-2016] del 3 de febrero de 2016, rad. 46647 [p. 16]). En el mismo sentido CSJ, Sentencia (SP8057-2015) del 24 de junio de 2015, rad. 40382. *Lopera Mesa*, Gloria Patricia y *Arias Holguín*, Diana Patricia, proponen a partir de esta expresión – en conjunción con otras disposiciones legales y constitucionales – que el juez elabore un juicio de proporcionalidad similar al realizado en materia constitucional a la hora de evaluar intervenciones en Derechos fundamentales (véase Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la Determinación judicial de la pena, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010, pp. 184 y ss.). Por su parte, *Prado Saldarriaga*, propone una división del submarco identificado partiendo del número de circunstancias relevantes (cfr. Dosimetría, pp. 255 y ss.).
- ^{xxxiv} En el ordenamiento jurídico penal alemán, por ejemplo, el § 39 StGB señala: “Las penas privativas de la libertad inferiores a un año se tasarán en semanas y meses completos, las de duración superior en meses y años completos.” (traducción de los autores).
- ^{xxxv} A la misma conclusión llegan *Pinzón Pinzón/Hernández P.* sin ahondar en la discusión (Individualización, p. 24).
- ^{xxxvi} *Pinzón Pinzón/Hernández P.* proponen que cuando se obtengan “centésimas de mes” éstas se conviertan a días (Individualización, pp. 25 y s.), si bien precisan que a la hora de fijar la pena esta se exprese “en años, meses y días, nunca en horas” (p. 24).
- ^{xxxvii} La base normativa de esta asunción no es del todo evidente. En cuerpos normativos que podrían servir para llenar este vacío como el Código Civil (art. 67) o la ley sobre el “régimen político y municipal” (Ley 4 de 1913, art. 59) se establece que los plazos se calculan con base en el “calendario común”. La remisión a las reglas interpretativas de otras áreas del ordenamiento jurídico, en particular al Derecho laboral, pueden servir mejor para sustentar esta necesaria y pertinente costumbre jurisprudencial. En la doctrina no se aborda este vacío, sino que se da por sentado que para convertir meses en días basta con multiplicar por treinta (cfr. *Pinzón Pinzón/Hernández R.*, Individualización, p. 24)

xxxviii Cfr. art. 39 del CP de 1936, art. 67 del CP de 1980.

xxxix De manera particularmente enfática al respecto CSJ, Sentencia (SP8057-2015) del 24 de junio de 2015, rad. 40382 (pp. 16 y ss.). En sentido similar, entre otras, CSJ, Sentencia (SP918-2016) del 3 de febrero de 2016, rad. 46647. Parcialmente críticos al respecto en la doctrina *Posada Maya/Hernández Beltrán*, Individualización, pp. 420 y ss.;

xl Así, entre muchas otras, CSJ, Sentencia (SEP00050-2021) del 6 de mayo de 2021, rad. 44368; CSJ, Sentencia (SP3006-2022) del 24 de agosto de 2022, rad. 55593; CSJ, Sentencia (SP16880-2014) del 10 de diciembre de 2014, rad. 42432.

xli CSJ, Sentencia del 24 de enero de 2007, rad. 23518 (p. 12).

lii CSJ, Sentencia (SP12540-2015) del 16 de septiembre de 2015, rad. 38154 (p. 27).

liii Estos criterios, como se mencionó, se encuentran consagrados en el art. 39 num. 3 CP. La utilización de estos criterios particulares para la individualización de la pena de multa es también respaldada por parte de la doctrina (cfr. *Posada Maya/Hernández Beltrán*, Individualización, p. 554; *Velásquez Velásquez*, Fundamentos, p. 767).

xliv Así, entre muchas otras, CSJ, Sentencia (SP338-2019) del 13 de febrero de 2019, rad. 47675; Sentencia del 8 de abril de 2003, rad. 16778. En relación con este concepto véase *supra* “Artículo 60”, apartado A. Cabe señalar que en la jurisprudencia se ha establecido que es después de haber aplicado estos fenómenos a la pena individualizada que es posible determinar cuál es la pena “más grave” a efectos de aplicar el aumento previsto en el art. 31 CP en caso de concurso de conductas punibles (cfr. CSJ, Sentencia [SP304-2023] del 2 de agosto de 2023, rad. 56099).

xlv *Basso*, Determinación, p. 37.

xlvi Al respecto véase, entre otras, CSJ, Sentencia (SP2491-2024) del 11 de septiembre de 2024, rad. 62354; CSJ, Sentencia (SP13939-2014) del 15 de octubre de 2014, rad. 42184.

xlvii CSJ, Sentencia de tutela del 4 de abril de 2006, rad. 24868. En el mismo sentido, entre otras, CSJ, Sentencia (SP13350-2016) del 20 de septiembre de 2016, rad. 47588; CSJ, Sentencia del 4 de mayo de 2006, rad. 24531. Al respecto véase también *Pérez Bedoya*, Dosificación, pp. 31-34.

xlviii Piénsese, por ejemplo, en la “coparticipación criminal” (art. 58 num. 10 CP), en el “obrar en estado de emoción, pasión, excusables, o de temor intenso” (art. 55 num. 3 CP), en la “influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares” (art. 55 num. 5 CP) o en la “indigencia o la falta de ilustración” (art. 55 num. 8 CP).

xliv Cfr. art. 55 num. 1 CP.

¹ Cfr. art. 58 num. 19 CP.

li Cfr. art. 55 num. 5 y 6 CP.

lii Cfr. art. 58 num. 6 CP.

liii Si se analizan las circunstancias del art. 55 CP se observa que estas se refieren en su mayoría a aspectos relacionados con la motivación del autor.

liv Esto en cuanto una gran parte de las circunstancias del art. 58 CP hacen referencia a los objetos sobre los que recayó el delito, los medios con los que se cometió, las modalidades o el lugar de su ejecución o la relación del autor con el bien jurídico protegido o la víctima.

lv En este sentido también *Velásquez Velásquez*, quien presagiaba ya en la época de la introducción del sistema de cuartos que esta “alambicada construcción legislativa” estaba “llamada a generar muchos dolores de cabeza entre los administradores de Justicia y los estudiosos.” (Derecho Penal y Criminología, vol. 22, núm. 73 [2001], pp. 96 y s.).

^{lvi} En efecto, mientras que en las codificaciones del siglo XIX se preveía que a la hora de fijar la pena el juez debía en últimas referirse a la gravedad del delito (cfr. art. 123 del Código Penal de 1837) y en las del siglo XX considerar la gravedad del delito, la culpabilidad y la personalidad del autor (cfr. art. 36 del Código Penal de 1936; art. 61 del Código Penal de 1980), en el modelo actual no se le asigna ninguna tarea concreta al juez en esta labor que vaya más allá de *seguir una serie de pasos*. Sobre la estrecha relación de la determinación de la pena con la política criminal y la necesidad de canalizarla a través de la dogmática véase *Silva Sánchez*, Jesús-María, *Indret*, 2/2007.

^{lvii} Como se señaló bajo la vigencia del Código Penal de 1980 en CSJ, Sentencia del 24 de agosto de 1994, rad. 8485 (p. 9).

^{lviii} Crítico en este sentido *Saray Botero*, quien señala de manera contundente que “[a] veces el descuido y la negligencia llegan a la ausencia absoluta de motivación, y el juzgador por lo general, para evitarse el desgaste argumentativo, fija la pena mínima del primer cuarto, y en caso de concurrir otras rebajas simplemente impone o reconoce la máxima rebaja, con lo cual puede llegar a desconocer los principios de razonabilidad, necesidad, y proporcionalidad (...)” (Dosificación, p. 8).

^{lix} En este sentido, pese a la gran cantidad de sentencias de casación, entre las cuales abundan aquellas de casación oficiosa, que se ocupan de aspectos relacionados con la determinación de la pena, la mayor parte de ellas se limita a la corrección de errores aritméticos. Además, a la hora de corregir la dosificación punitiva, el alto tribunal intenta “ceñirse proporcionalmente a los criterios que no fueron revocados o invalidados” en la decisión inicial a través de la extracción de porcentajes de aumento en relación con el límite mínimo del cuarto seleccionado (CSJ, Sentencia [SP394-2023] del 2 de agosto de 2023, rad. 56099. Véase también CSJ, Sentencia [SP338-2019] del 13 de febrero de 2019, rad. 47675). La artificiosidad de dichos aumentos a través de porcentajes puede verse en decisiones como CSJ, Sentencia (SP16880-2014) del 10 de diciembre de 2014, rad. 42432: “La corrección del desacierto obliga a tener en cuenta los parámetros empleados por el fallador para la determinación de la sanción corporal. Recuérdese que el A quo impuso una pena de 114 meses, lo cual significa que efectuó un incremento sobre el mínimo del 66.66% (!)”. Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia ha asumido una especie de tarea didáctica que, aun siendo útil dada la complejidad del texto legal y la falta de literatura, no ofrece criterios claros ni para cuestionar las decisiones de los jueces de instancia, ni para poner en evidencia las lagunas y problemas del modelo legal. Ante este panorama cabe resaltar aún más las decisiones recientes que enfatizan en la necesidad de argumentar exhaustivamente en el marco del ejercicio de fijación de la pena (cfr. CSJ, Sentencia [SP918-2016] del 3 de febrero de 2016, rad. 46647; CSJ, Sentencia [SP8057-2015] del 24 de junio de 2015, rad. 40382).

^{lx} Cfr. *Velásquez Velásquez*, Derecho Penal y Criminología, vol. 22, núm. 73 (2001), pp. 83, 91 y s. En el mismo sentido *Posada Maya/Hernández Beltrán* (Individualización, p. 446, 451). De manera similar, aunque sin desarrollar su contenido, *González Amado* (en: Lecciones, p. 417). Véase también *Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel y Ramírez Barbosa, Pula Andrea*, Derecho penal colombiano. Parte general: Principios fundamentales y sistema, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2010, pp. 628 y ss., en particular 631.; *Saray Botero*, Dosificación, pp. 359 y ss. La jurisprudencia también considera ocasionalmente que los criterios consagrados por el legislador reflejan las dos categorías

referidas por la doctrina cfr. CSJ, Sentencia (SP5420-2014) del 30 de abril de 2014, rad. 41350, (pp. 43 y s.).

^{lxi} En este sentido cfr. *Posada Maya/Hernández Beltrán*, Individualización, pp. 346 y ss.

^{lxii} De acuerdo con esta interpretación, la reiteración de criterios en distintas fases sería explicable en cuanto partiría de reconocer que si, por ejemplo, al cumplirse todos los requisitos para la configuración de la figura de la ira y el intenso dolor hay lugar a una reducción del marco penal abstracto (art. 57 CP), situaciones similares, pero que por algún motivo no cumplen con los requisitos de dicho instituto pueden dar lugar a una reducción de la pena a imponer al interior de los límites del marco penal para el tipo en cuestión (art. 55 num. 3 CP). Lo mismo se podría predicar en relación con algunas de las circunstancias de mayor punibilidad: así como el marco penal de algunos delitos se modifica cuando se utilizan algunos instrumentos o se realiza en determinadas modalidades, la concurrencia de situaciones similares en delitos que no prevean estas modificaciones permitiría fundamentar una mayor pena dentro del marco penal establecido.

^{lxiii} Partiendo de esta interpretación, la división del marco penal aplicable en cuatro partes de conformidad con el art. 61 inc. 1 CP parecería más comprensible: su objetivo sería identificar cuatro grados de gravedad dentro de la escala general que se prevé de manera abstracta. Tal comprensión significaría que, a la hora de seleccionar el cuarto, el juez tendría que evaluar las particularidades del caso y hacer un pronunciamiento inicial sobre su gravedad en términos comparativos sobre la base de las circunstancias de mayor y menor punibilidad. En este entendido, la selección del primer cuarto implicaría afirmar que el caso se considera como comparativamente *muy leve*, la del segundo como *leve*, la del tercero como *grave* y la del cuarto como *muy grave*.

^{lxiv} Por ejemplo, manteniéndose en la línea de las consideraciones hechas en la nota al pie ^{lxii} podrían tomarse en consideración en esta fase –con mucha cautela– otras motivaciones del autor que guarden similitud con las reguladas en los art. 55 y 58 CP.

^{lxv} De acuerdo con esta interpretación cobra sentido no solo que en este marco se prevea el análisis de las funciones de la pena, sino que tanto en el texto legal (art. 61 CP) como en algunas contribuciones de la doctrina se señale que esta fase de la determinación de la pena es aquella que correspondería a la “individualización judicial propiamente dicha” (*Velásquez Velásquez*, Fundamentos, p. 750; en sentido similar *Posada Maya/Hernández Beltrán*, Individualización, p. 405), puesto que individualización se ha definido en la literatura especializada –tomando las palabras de uno de los autores clásicos en esta materia– como la “adaptación de la pena al individuo” (*Saleilles*, Rafael, La individualización de la pena, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2022, p. 32).

^{lxvi} Esta propuesta interpretativa podría utilizarse para cuestionar, por ejemplo, la previsión de delitos con límites especiales o con penas fijas (véase *supra* “Artículo 60”, apartado B), puesto que la sustracción de estos delitos de un ejercicio de valoración como el realizado para todos los demás no resulta justificable a partir de su naturaleza (piénsese que si el legislador considera que incluso en relación con el homicidio agravado puede realizarse una graduación de su gravedad, no hay argumentos para considerar que no es posible hacer ese mismo ejercicio en relación con el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos agravado en los términos de los arts. 382 y 384 CP).

^{lxvii} Por mencionar solo algunas de las más controvertidas –y dejando de lado explícitamente las que se denominan por la doctrina y la jurisprudencia expresamente como “fenómenos

postdelictuales” (véase *supra* “Artículo 60”, apartado A)– piénsese en la relevancia de los antecedentes penales según los arts. 55 num. 1 y 58 num. 19 CP, las formas de reparación previstas en el art. 55 num. 5 y 6 CP o el incremento del daño en los términos del art. 58 num. 6 CP.

^{lxviii} Véase las referencias bibliográficas en la nota al pie 58.

^{lxix} La falta de desarrollo teórico y dogmático de este tipo de categorías que se encuentran por fuera de la teoría del delito hace que tiendan a servir de “cajón de sastre” para la introducción de los más variados criterios (*Silva Sánchez*, Indret, 2/2007, p. 9). La aceptación de estas categorías para efectos meramente de sistematización, pero sin una delimitación clara de su contenido, resulta así particularmente contraproducente a la hora de analizar críticamente el cada vez más amplio listado de circunstancias de mayor punibilidad del art. 58 CP, en el cual se incluyen actualmente situaciones tan diversas como que la “conducta punible fuere cometida total o parcialmente en el interior de un escenario deportivo, o en sus alrededores, o con ocasión de un evento deportivo” (num. 17/2) o como que “la conducta punible se dirija o tenga por propósito impedir, obstaculizar, represaliar o desincentivar la labor de las mujeres cuya actividad, de forma permanente o transitoria, sea la búsqueda de víctimas de desaparición forzada y esclarecimiento de la verdad” (num. 22).

^{lxx} En efecto, el criterio de selección del cuarto en virtud de la prevalencia (numérica) de circunstancias de mayor o menor punibilidad es particularmente cuestionable, sobre todo si se tienen en cuenta las muy variadas situaciones que se incluyen en este catálogo y la prevalencia de circunstancias de mayor punibilidad. En relación con este aspecto véase las críticas formuladas por *Velásquez Velásquez*, *Derecho Penal y Criminología* 73 (2001), pp. 81 y ss.

^{lxxi} Al respecto véase *Pawlik*, Michael, en: *el mismo*, La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 108 y ss. Véase también *el mismo*, El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito, Bogotá/Barcelona, Atelier/Universidad Externado de Colombia, 2023, pp. 299 y ss., en adelante “Injusto”.

^{lxxii} En este sentido autores como *Pawlik* proponen que se tomen como parámetros para la determinación de la pena la “extensión del *menoscabo a la libertad* que [el autor, HJSO & HDOL] le ha causado efectivamente a la víctima” y “el *grado de la deslealtad* del autor frente al proyecto de un orden de libertades real que, en consecuencia, se mide en particular por la magnitud de la lesión a su incumbencia de ser leal al Derecho” (Injusto, pp. 147 y ss.).

^{lxxiii} Muchas de las propuestas interpretativas que se presentaron en las observaciones finales coinciden con consideraciones y categorías que se desarrollan al interior de esta teoría o área de estudio. Para una primera aproximación en la literatura en lengua española véase *Basso*, Determinación. Para un esbozo de la discusión en Alemania –de donde se toman gran parte de los puntos de partida para la discusión iberoamericana– véase (en lengua española) *Hörnle*, Tatjana, Determinación de la pena y culpabilidad: Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania, Buenos Aires, Di Placido, 2003.

^{lxxiv} A esta imagen contribuyen también algunos de los pocos trabajos que hay en esta materia, como es el caso del manual de *Pinzón Pinzón/Hernández P.*, el cual pretendía facilitar la labor del operador jurídico en esta materia con la presentación de la totalidad de los marcos penales previstos en el Código Penal en “655 diagramas” (p. XVI). Sin embargo, a más tardar

con el aumento general de penas de la Ley 890 de 2004, dicho ejercicio se convirtió – apelando a la célebre frase de von Kirchmann– en gran parte en maculatura.

^{lxxv} Pérez, Luis Carlos, Nuevo Foro Penal 13 (1982), p. 502.