

**LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS
EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA**

RICARDO ANTONIO CITA TRIANA
IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Autores

Enrique Gil Botero
Ministro de Justicia y del Derecho

Carlos Medina Ramírez
Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa

Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria

LA PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA



Cita Triana, Ricardo Antonio
La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana / Ricardo Antonio
Cita Triana, Iván González Amado. -- Edición Gustavo Ibáñez Carreño. -- Bogotá : Grupo
Editorial Ibáñez, 2017.

296 páginas; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-749-695-6

I. Derecho penal - Legislación - Colombia 2. Penas - Legislación - Colombia 3.
Procedimiento penal - Legislación - Colombia 4. Proporcionalidad penal - Colombia I.
González Amado, Iván, autor II. Ibáñez Carreño, Gustavo, editor III. Tit.

345.09861 cd 21 ed.

A1556635

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango



Impresión financiada por el proyecto "fortalecimiento a la política criminal del Estado colombiano".

- © RICARDO ANTONIO CITA TRIANA
- © IVÁN GONZÁLEZ AMADO
- © **GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ**

Imprenta

Carrera 69 Bis N° 36-20 Su
Teléfonos: 2300731–2386035

Editorial

Calle 18 Sur N° 29c- 92
Tels: 2026452–2030898

Librería

Calle 12 B N° 7-12 L. 1
Tels.: 2835194–2847524
Bogotá, D.C.–Colombia
<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982
ISBN 978-958-749-695-6

Diagramación electrónica: *Yaneth Guarín A.*
Diseño de portada: *David Cortés A.*

CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	I
INTRODUCCIÓN.....	13

PRIMERA PARTE FUNDAMENTACIÓN

1. LA EVOLUCIÓN DE LOS LÍMITES DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	17
2. CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS, SEGÚN LA DOCTRINA QUE LAS FUNDAMENTE	22
3. LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	27
4. LAS PENAS EN ALGUNOS PAÍSES	42
5. PENAS Y SEGURIDAD CIUDADANA	46
6. LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	52

SEGUNDA PARTE HALLAZGOS

1. SITUACIÓN GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL	59
2. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL.....	65
2.1. PRIMER MOMENTO: 2000-2005	66
2.1.1. <i>Intervenciones en los delitos contra la libertad individual y otras garantías: Leyes 733 y 747 de 2002 y 985 de 2005</i>	68
2.1.2. <i>Intervenciones en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: Leyes 679 de 2001 y 747 de 2002</i>	73

2.1.3.	<i>Intervenciones en los delitos contra la familia: Leyes 747 de 2002 y 882 y 890 de 2004</i>	75
2.1.4.	<i>Intervenciones en los delitos contra el patrimonio económico: Leyes 733 de 2002, 813 de 2003 y 964 de 2005</i>	76
2.1.5.	<i>Intervenciones en los delitos contra la fe pública: Leyes 777 de 2002 y 813 de 2003</i>	78
2.1.6.	<i>Intervenciones en los delitos contra el orden económico y social: Leyes 788, 747 y 733 de 2002 y 964 de 2005</i>	79
2.1.6.	<i>Intervenciones en los delitos contra la seguridad pública: Leyes 733 y 759 de 2002</i>	81
2.1.8.	<i>Intervenciones en los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia: Leyes 733 y 738 de 2002, 813 de 2003 y 890 de 2004</i>	82
2.1.9.	<i>Intervenciones en los delitos contra el régimen constitucional y legal: Ley 975 de 2005</i>	85
2.1.10.	<i>Ley 890 de 2004: primera reforma estructural en la parte especial del Código Penal</i>	86
2.1.11.	<i>Síntesis del periodo: 2000-2005</i>	88
2.2.	SEGUNDO MOMENTO: 2006-2010	89
2.2.1.	<i>Modificación de las circunstancias de mayor punibilidad, parte general: Ley 1356 de 2009</i>	94
2.2.2.	<i>Intervenciones en los delitos contra la vida y la integridad personal: Leyes 1098 de 2006, 1257 de 2008, 1309 de 2009, 1326 de 2009 y 1426 de 2010</i>	95
2.2.3.	<i>Intervenciones en los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH: Ley 1257 de 2008</i>	98
2.2.4.	<i>Intervenciones en los delitos contra la libertad individual y otras garantías: Leyes 1200 y 1257 de 2008, 1309 y 1426 de 2009</i>	99
2.2.5.	<i>Intervenciones en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: Leyes 1236 y 1257 de 2008, y 1329 y 1336 de 2009</i>	100
2.2.6.	<i>Intervenciones en los delitos contra la familia: Leyes 1142 y 1181 de 2007</i>	107
2.2.7.	<i>Intervenciones en los delitos contra el patrimonio económico: Leyes 1032 de 2006, 1142 de 2007 y 1329 y 1336 de 2009</i>	108

2.2.8.	<i>Intervenciones en los delitos contra la protección de la información y de los datos: Leyes 1273 y 1288 de 2009</i>	110
2.2.9.	<i>Intervenciones en los delitos contra los derechos de autor: Ley 1032 de 2006</i>	112
2.2.10.	<i>Intervenciones en los delitos contra la fe pública: Ley 1142 de 2007</i>	113
2.2.11.	<i>Intervenciones en los delitos contra el orden económico y social: Leyes 1028, 1032, 1111,1121 de 2006, 1142 de 2007, 1357 de 2009 y 1393 de 2010</i>	113
2.2.12.	<i>Intervenciones en los delitos contra la seguridad pública: Leyes 1121 de 2006, 1142 de 2007 y 1426 de 2010</i>	118
2.2.13.	<i>Intervenciones en los delitos contra la salud pública: Leyes 1120 de 2008 y 1311 de 2009</i>	120
2.2.14.	<i>Intervención en los delitos contra los mecanismos de participación democrática: Ley 1142 de 2007</i>	122
2.2.15.	<i>Intervenciones en los delitos contra la administración pública: Ley 1288 de 2009</i>	123
2.2.16.	<i>Intervenciones en los delitos contra la protección a la impartición de justicia: Leyes 1121 de 2006 y 1142 de 2007</i>	123
2.2.17.	<i>Las Leyes de seguridad ciudadana y la reforma al derecho penal (i). El caso de la Ley 1142 de 2007</i>	124
2.2.18.	<i>Síntesis del periodo: 2006-2010</i>	125
2.3.	TERCER MOMENTO: 2011-2015	126
2.3.1.	<i>Intervenciones en los delitos contra la vida y la integridad personal: Leyes 1453 y 1482 de 2011, 1639 y 1696 de 2013 y 1752 y 1761 de 2015</i>	129
2.3.2.	<i>Intervenciones en los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH: Ley 1719 de 2014</i>	133
2.3.3.	<i>Intervenciones en los delitos contra la libertad individual y otras garantías: Ley 1453 de 2011</i>	134
2.3.4.	<i>Intervenciones en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: Ley 1719 de 2014</i>	136
2.3.5.	<i>Intervenciones en los delitos contra la familia: Ley 1542 de 2012</i>	137
2.3.6.	<i>Intervenciones en los delitos contra el patrimonio económico: Leyes 1453 y 1474 de 2011</i>	137

2.3.7.	<i>Creación de un nuevo título en el Código Penal para la protección del patrimonio cultural sumergido: Ley 1675 de 2013</i>	139
2.3.8.	<i>Intervenciones en los delitos contra los derechos de autor: Ley 1520 de 2012</i>	140
2.3.9.	<i>Intervenciones en los delitos contra el orden económico y social: Leyes 1453 y 1474 de 2011 y 1762 de 2015</i>	141
2.3.10.	<i>Intervenciones en los delitos contra los recursos naturales: Ley 1453 de 2011</i>	150
2.3.11.	<i>Intervenciones en los delitos contra la seguridad pública: Leyes 1445 y 1453 de 2011 y 1762 de 2015</i>	153
2.3.12.	<i>Intervenciones en los delitos contra la salud pública: Ley 1453 de 2011</i>	157
2.3.13.	<i>Intervenciones en los delitos contra la administración pública: Leyes 1453 y 1474 de 2011</i>	158
2.3.14.	<i>Intervenciones en los delitos contra la impartición de justicia: Leyes 1453 y 1474 de 2011 y 1762 de 2015</i>	162
2.3.15.	<i>Las leyes de seguridad ciudadana y la reforma al derecho penal (ii). El caso de la Ley 1453 de 2011</i>	164
2.3.16.	<i>Síntesis del periodo 2011-2015</i>	166
2.4.	CUARTO MOMENTO: 2016.....	167
2.4.1.	<i>Ley 1773 de 2016. Lesiones con agentes químicos</i>	167
2.4.6.	<i>Ley 1774 de 2016. Protección animal</i>	170
2.4.3.	<i>Ley 1776 de 2016. Soborno transnacional</i>	170
2.4.4.	<i>Síntesis del periodo: 2016</i>	171

UMBRAL 1

PROPORCIONALIDAD Y ACTIVIDAD LEGISLATIVA

3.	ENDURECIMIENTO PUNITIVO Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. ALGUNOS DATOS RELEVANTES	
3.1.	DURACIÓN MÁXIMA DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO	177
3.1.1.	<i>Modificación del límite máximo de la duración de las sanciones penales</i>	179
3.1.2.	<i>Creación de penas que superan el límite máximo fijado para la duración de la prisión en Colombia</i>	180
3.1.2.1.	<i>Creación directa</i>	183

	3.1.2.2. Creación o modificaciones indirectas	184
	3.1.2.2.1. Secuestro extorsivo agravado, 2000-2002	184
	3.1.2.2.2. Lesiones personales agravadas y lesiones en persona protegida	184
	3.1.2.2.3. Lavado de activos agravado	188
	3.1.2.2.4. Homicidio en persona protegida	188
4.	AMPLIACIÓN DEL ESPECTRO DEL CONTROL PENAL	189
4.1.	NUEVOS DELITOS, 2000-2016	190
4.2.	MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE DECRETOS. CASOS DE NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIÓN	195
4.3.	TIPOS PENALES FUERA DEL CÓDIGO PENAL	200
	4.3.1. <i>Inscripción fraudulenta en el registro de tierras despojadas e inscripción fraudulenta en el registro de víctimas. Ley 1448 de 2011</i>	200
	4.3.2. <i>Explotación de menores de edad y manipulación de equipos terminales móviles. Ley 1453 de 2011</i>	201
	4.3.3. <i>Tráfico de Órganos. Ley 919 de 2004, artículo 2</i>	202
	4.3.4. <i>Ejercicio ilegal de la actividad avaluadora. Ley 1673 de 2013, artículo 9</i>	203
5.	ESTRUCTURAS ALTERADAS POR EL ENDURECIMIENTO PUNITIVO	204
5.1.	SISTEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS	204
5.2.	AUMENTOS PUNITIVOS. EL CASO DE LOS PORCENTAJES DE AUMENTO EN LAS PENAS MÍNIMAS	211
5.3.	LOS AGRAVANTES EN LOS DELITOS DE DROGAS: PENAS MÍNIMAS MÁS ALTAS QUE LAS PENAS MÁXIMAS ESTABLECIDAS	218

UMBRAL 2

PROPORCIONALIDAD Y PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

6.	ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE ALTO IMPACTO PENITENCIARIO	
6.1.	POBLACIÓN CONDENADA Y PRIVADA DE LA LIBERTAD POR UN SOLO DELITO	227
6.2.	POBLACIÓN CONDENADA Y PRIVADA DE LA LIBERTAD POR UN NÚMERO PLURAL DE DELITOS	234

UMBRAL 3
PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA Y PROPORCIONALIDAD
CONCRETA

TERCERA PARTE
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

REFERENCIAS.....	247
ANEXO NÚMERO 1. Leyes ordinarias que han reformado el Código Penal, 2000-2016	261
ANEXO NÚMERO 2. Modificación del Código Penal a través de decretos, 2001-2010	273
ANEXO NÚMERO 3. Ampliación de los delitos base de lavado de activos, 2002-2016.....	279
ANEXO NÚMERO 4. Composición de cada uno de los títulos del libro II, Código Penal, según escala de gravedad de las penas de cada una de las modalidades delictivas que lo componen	280

PRESENTACIÓN

“La comunidad se embrutece infinitamente más por el uso habitual del castigo que por la ocurrencia ocasional del delito”

Oscar Wilde

“La minimización de los recursos punitivos estatales hace parte de la maximización de las libertades en la sociedad democrática”

Juan Fernández Carrasquilla.

En las últimas décadas, nuestro derecho penal se ha caracterizado por un aumento indiscriminado de las penas y una expansión desmedida del ius puniendi del Estado, que lejos de obedecer a un análisis racional y ponderado, ha obedecido más bien a una falacia según la cual el castigo es la mejor y la única alternativa para disuadir a la sociedad de quebrantar la ley y para reparar el daño ocasionado a ella con la comisión de la conducta punible. Esta tendencia a aumentar las penas, que ya prácticamente se ha tornado en una perniciosa costumbre que se repite año tras año de manera irreflexiva, se asemeja más al ejercicio de la ley del talión, que encuentra su fundamento en la venganza y la retribución, que al derecho penal humanista de Beccaria, que no sólo busca prevenir el delito, sino también velar por los derechos fundamentales de quien lo cometió. El uso desmesurado

de la posibilidad de elevar las penas y de expandir el radio de acción del derecho penal, lejos de disminuir los índices de criminalidad, ha repercutido en gran medida en la crisis de hacinamiento carcelario que hoy aqueja al país, y en la que miles de personas sufren a diario la vulneración constante a sus derechos más fundamentales y de su dignidad humana.

Es por lo anterior y con ocasión de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en las sentencias T-338 de 2013 y T-762 de 2015, mediante las cuales se declaró nuevamente el estado de cosas inconstitucional por la crisis derivada del hacinamiento carcelario, que en buena hora el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria –DPCP-, se ha dado a la tarea de realizar un análisis riguroso y acucioso de los fundamentos teóricos y doctrinarios de la pena, así como de las reformas de que ha sido objeto el Código Penal desde el 2000, con el fin de realizar un diagnóstico sobre esta tendencia irracional que no sólo ha tenido efectos sobre el papel, sino que, como ya se mencionó, también ha derivado en nefastas consecuencias sobre los derechos fundamentales de las personas que hoy son sujetos pasivos del *ius puniendi* del Estado. Para esta labor ha sido indispensable el apoyo del Observatorio de Política Criminal, herramienta a la que el Gobierno Nacional le ha apostado para la generación de evidencia que sustente las decisiones de política, y que, con los resultados de este estudio, se reitera su necesidad.

Este diagnóstico, que parte de un valioso ejercicio de autocrítica, es el primer paso para tomar consciencia de que la forma como se ha venido construyendo la política criminal en nuestro país, más que a un ejercicio técnico y basado en evidencia empírica, ha sido el producto de decisiones que se han adoptado sin mayor respaldo científico y con un marcado tinte político por parte de quienes buscan hacer de un instrumento tan delicado como el derecho penal su principal capital electoral. Por esta razón, este trabajo del Ministerio de Justicia y del Derecho constituye una valiosa herramienta para empezar a reflexionar sobre cómo debe ser la política criminal que el país necesita construir para los próximos años, y cuáles son en verdad las medidas más efectivas para garantizar que las conductas delictivas que merecen el reproche de la sociedad no se repitan.

Aunque las respuestas precisas a estas dos preguntas no están a la vuelta de la esquina, desde el Ministerio de Justicia y del Derecho esperamos que esta publicación sea una oportunidad para dar el primer paso hacia el diseño de una política criminal en la que el uso y el incremento indiscriminado y abusivo de las penas no sea un hábito, y en la que la prevención del delito, la reparación de las víctimas y la verdadera y efectiva resocialización del reo sean los pilares sobre los que repose el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, porque más que castigar para infligir un daño, el objetivo del derecho penal debe ser prevenir su ocurrencia y reparar el tejido que se ha roto con su comisión, algo que sólo puede lograrse a

través de un ejercicio que permita reparar a las víctimas y recuperar al procesado para que éste pueda reintegrarse a la sociedad, lo que sería imposible con la imposición de penas que en muchos casos en la práctica terminan siendo perpetuas.

ENRIQUE GIL BOTERO

Ministro de Justicia y del Derecho

INTRODUCCIÓN

¿Es la pena la respuesta adecuada al delito? ¿Cuáles sanciones pueden contribuir eficientemente a la erradicación o al control de las conductas criminales? Si bien es legítimo que el Estado imponga penas para garantizar el ejercicio de los derechos que reconoce a sus ciudadanos: ¿cuánta y cuál pena debe utilizar con este propósito? Estas y varias otras preguntas han rodeado el debate académico sobre las penas, pero no siempre están presentes en los momentos de actividad legislativa.

Luego de quince años de vigencia del actual Código Penal, promulgado con la Ley 599 de 2000, el número de reformas que registra, sumada a la crisis del sistema penitenciario, conduce inexorablemente a todos los actores de la política criminal del país, y en general a toda la ciudadanía, a examinar con detalle y atención qué ha sucedido y qué está sucediendo con el catálogo de delitos y penas con que cuenta el sistema penal colombiano.

Tradicionalmente se ha reformado el Código Penal a una velocidad superior a la que se presentan los cambios sociales, dejando en evidencia que las modificaciones responden a intenciones no articuladas ni fundamentadas en la evidencia empírica o la necesidad de obtener, a través de la pena, unos efectos específicos en la conducta social. La gran dispersión de leyes penales ha hecho perder al Código Penal la coherencia interna que tenía en su formulación original, introduciendo modificaciones a la redacción de los tipos, aumentando las penas y ampliando las circunstancias de agravación.

Este panorama presenta nuevas preguntas y lleva a cuestionarse si los límites constitucionales del derecho penal –*ultima ratio*, afectación proporcional de bienes jurídicos de los autores de los hechos punibles, razonabilidad, etc.– se conservan como características del sistema jurídico y, así mismo, cuál es el papel de quienes trabajan en el área de la política criminal como política pública coherente, razonada, basada en la evidencia protectora de los derechos humanos.

El trabajo que se presenta a continuación se configuró sobre esa base de cuestionamientos en torno al particular asunto de la proporcionalidad de las penas vista desde la perspectiva de la actividad legislativa, esto es, desde el quehacer de la elaboración de las leyes penales y de la reforma acelerada y constante del Código Penal vigente. Muchos lectores podrán encontrar aquí la reiteración de varias tesis y elementos de diagnóstico que se han formulado en épocas recientes

sobre el desarrollo de las reformas penales en el país. No obstante, la mayor novedad de lo propuesto en estas líneas es que la confirmación de un gran número de observaciones se ha realizado con alto nivel de detalle, analizando cada una de las reformas así como la constelación que estas han configurado al momento de terminar el estudio con el propósito de ofrecer la mayor evidencia acerca del estado de la legislación penal, sustantiva y especial, del país. Este informe puede ser leído como un comentario, extensamente desarrollado, de las tesis y observaciones hechas por la Comisión Asesora de Política Criminal en las secciones 45 a 52 de su conocido *Informe Final* (2012, pp. 30-34), con el propósito poner en cuestión, nuevamente, la proporcionalidad de las penas y su relación con la política criminal y con la actividad legislativa.

En el año 2014, siendo Ministro de Justicia y del Derecho Alfonso Gómez Méndez y Directora de Política Criminal Marcela Abadía Cubillos, se planteó la necesidad de emprender un trabajo con criterios político criminales sobre la proporcionalidad de las penas en Colombia, idea que fue acogida por los Ministros Yesid Reyes Alvarado y Jorge Londoño Ulloa, y que en la actualidad también es apoyada y respaldada, como una evidencia que puede traducirse en acciones y decisiones de política pública en materia penal y criminal, por el Ministro de Justicia y del Derecho Enrique Gil Botero.

El trabajo comenzó con el diseño de algunas estrategias metodológicas que nos permitiera recoger las distintas formas de configuración de los tipos penales, con sus penas, sus transformaciones legislativas y sus motivaciones, como primer instrumento para emprender el análisis siguiente. Muchas fueron, en este tiempo, las discusiones sobre los datos que deberían incorporarse, la forma como deberían correlacionarse y la forma de verificar los distintos hallazgos. Al cabo del tiempo, se logró consolidar el primer instrumento que permite un amplio análisis de la situación que se estudia.

A partir de esta primera aproximación al problema, se desarrollaron los demás estudios, se recopilaron los textos de las leyes y sus fundamentos a través de la exposición de motivos en el Congreso de la República, y se consultaron las sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que permitieron finalmente la elaboración del documento que hoy se presenta a la consideración de los lectores.

El documento consta de tres partes. En la primera de ellas se exploran distintos sistemas y criterios que orientan la proporcionalidad de las sanciones penales, teniendo en cuenta fundamentos teóricos y reglas materiales que justifican la asignación de las penas y sirven de orientación para la situación colombiana concreta. En la segunda parte se presenta y estudia la situación concreta de la

punibilidad en Colombia, desde la expedición del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000 hasta las últimas reformas propuestas y aprobadas en el año 2016, para determinar cuál es la situación concreta del sistema de sanciones privativas de la libertad, agrupando estas reformas por lustros, de manera que permitan un examen más coherente. En la tercera parte se presentan algunas recomendaciones a modo de conclusión del recorrido realizado.

Se han incluido, además, tres umbrales que funcionan como momentos de recapitulación parcial de la exposición. Todos giran en torno al problema de la proporcionalidad de las penas. El primero está dedicado a la relación de ésta con la actividad legislativa; el segundo, a la relación con las reglas establecidas en la parte general del Código Penal; y la tercera, finalmente, a la relación con la decisión judicial, como el momento de determinación en casos concretos y particulares del carácter abstracto que contiene la proporcionalidad de las penas en el nivel legislativo.

El trabajo es una inicial aproximación, desde el contenido del ordenamiento jurídico penal, a un problema más complejo de política criminal. En este sentido, se presenta a consideración de la academia, la sociedad y los actores de la política criminal, con el fin primordial de que se discuta y critique su contenido con miras a su perfeccionamiento. Además, se debe articular con otras investigaciones que se emprenderán en la segunda etapa de un proyecto completo que permita superar los estrechos límites de un diagnóstico y avanzar hacia la fundamentación y formulación de una política criminal coherente, razonable, basada en la evidencia y respetuosa de los derechos humanos.

También resulta importante mencionar que el trabajo se articula con la reciente exhortación que ha hecho la Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015, en relación con la obligación de identificar las incoherencias e inconsistencias del sistema de tasación de penas de la legislación actual y corregirlas, como una contribución a la superación efectiva del estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario del país.

Por último, no se puede dejar de mencionar que en el trabajo han intervenido varias personas y ha contado con el apoyo del Observatorio de Política Criminal de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho. Se ha de reconocer, entonces, la participación de Esteban Jordán, Laura Castillo, Diana Niño Avendaño, Aníbal Ruge, Andrés Bernal, Daniel Noreña, Adriana Romero Sánchez, Felipe Calderón González, Sergio Ayala Ruiz, Mónica Romero Pineda, David Filomena Velandia, Lina Ávila Urrego y Natalia Barraza Vivas, quienes, en diferentes momentos y de diferentes maneras, con sus comentarios, observaciones, revisiones y demás aportes, contribuyeron a lo que hoy se presenta.

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTACIÓN

1. LA EVOLUCIÓN DE LOS LÍMITES DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO COLOMBIANO

1. El sistema normativo jurídico-penal colombiano ha tenido diversos fundamentos teóricos a través del tiempo, destacándose entre los primeros el Código Penal de 1837 producido en la Nueva Granada sobre la base de un proyecto elaborado por José Ignacio de Márquez y Vicente Azuero, que se inspiró en el Código francés de 1810 y el español de 1822 –según la opinión más generalizada– y en los criterios humanistas plasmados en la Constitución de Rionegro.

En este Código se dividieron las penas en corporales y no corporales; dentro de estas últimas se consagraron tres formas de privación de la libertad: presidio, prisión y reclusión, que se diferenciaban sustancialmente por la duración de la pena. El presidio con una duración máxima de doce (12) años; la reclusión, con un máximo de diez (10) años, y la prisión que no podía exceder el tope de ocho (8) años.

2. Influidos por los movimientos reformistas que se adelantaron fundamentalmente en Europa, en el año 1873 se expidió el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, mediante el cual se abolió la pena de muerte, derogó las penas infamantes y limitó la duración del presidio a diez (10) años, la reclusión a ocho (8) y la prisión a seis (6).

3. En vigencia la Constitución de 1886, bajo la Presidencia de Rafael Núñez se expidió el Código Penal de 1890, de corte menos humanista que el anterior, motivado por un aumento de la delincuencia y lo que se consideraba una pérdida de la autoridad moral con la consiguiente relajación de las costumbres. En él se restableció la pena de muerte –por fusilamiento, que reemplazó al garrote como método de ejecución– que se había derogado años atrás, manteniéndose esta sanción hasta el 31 de octubre de 1910, cuando se abolió definitivamente y fue reemplazada por veinte (20) años de presidio, según lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 3 de ese año (Nuño, 2002).

En este Código se fijaron los límites de las penas en los siguientes límites: presidio, veinte (20) años; reclusión hasta por quince (15) años, y prisión con un máximo de diez (10) años.

4. En el año 1933 se conformó la Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios que elaboró un proyecto de Código Penal inspirado en las teorías positivistas, por entonces en boga en Italia, el que terminó convirtiéndose en el Código Penal de 1936 (Ley 95), y entró en vigencia dos años más tarde, de inspiración fundamentalmente liberal y con innegable sustento positivista.

5. En el Código Penal de 1936 las penas se clasificaron como principales (presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa) y accesorias, como es el caso de la prohibición de residir en determinado lugar; publicación especial de la sentencia; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; caución de buena conducta; relegación a colonias agrícolas penales; pérdida o suspensión de la patria potestad, y expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

6. De conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 95 de 1936, se estableció la duración máxima de las penas en los siguientes términos: presidio, veinticuatro (24) años; prisión, ocho (8) años; arresto, cinco (5) años; confinamiento, tres (3) años; prohibición de residir en determinado lugar, cinco (5) años; interdicción de derechos o funciones públicas, diez (10) años, cuando no se establezca como perpetua; prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, cuatro (4) años, cuando no se establezca como perpetua; caución de buena conducta, cinco (5) años; relegación en las colonias agrícolas penales, veinte (20) años, y suspensión de la patria potestad, cinco (5) años.

7. Casi medio siglo después se expidió el Código Penal de 1980, mediante el Decreto Ley 100 de ese año, bajo la vigencia del Frente Nacional. En esta codificación se establecieron las penas principales de prisión, arresto y multa, y las accesorias de restricción domiciliaria; pérdida del empleo público u oficial; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, industria o comercio; suspensión de la patria potestad; expulsión del territorio nacional para los extranjeros, y prohibición de consumir bebidas alcohólicas.

8. El artículo 44 del Decreto Ley 100 de 1980 también estableció un período máximo de duración de las penas: prisión, hasta treinta (30) años; arresto, hasta cinco (5) años; restricción domiciliaria, hasta cinco (5) años; interdicción de derechos y funciones públicas, hasta diez (10) años; prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, hasta cinco (5) años, y suspensión de la patria potestad, hasta quince (15) años.

9. Con la Ley 40 de 1993 comenzó el exagerado incremento punitivo porque, so pretexto de luchar en contra del secuestro, el máximo de la pena de prisión se elevó a sesenta (60) años, pena que se asignó también a este comportamiento delictivo en su forma agravada, duplicándose así los términos máximos de duración de la pena de prisión.

10. El 24 de julio de 2000 se expidió un nuevo Código Penal mediante la Ley 599 de ese año, que entró a regir al año siguiente, en el que se establecieron penas principales; sustitutivas, y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales (artículo 34). Las primeras son la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial (artículo 35), al paso que la prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa (artículo 36).

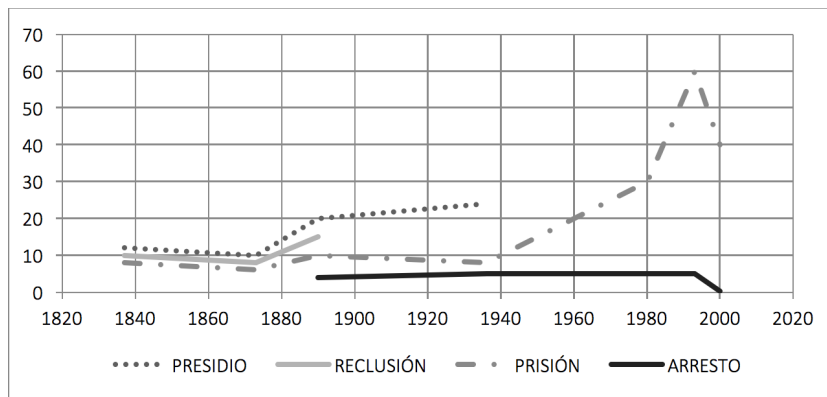
11. Siguiendo la tradición, el Código Penal limitó la duración de las penas establecidas. La prisión, a cuarenta (40) años; la multa acompañante de la prisión se fijó en el máximo de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; la multa en unidades, con un máximo de diez (10) unidades, de forma que el máximo (en el tercer grado) es equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se determinó en un máximo de veinte (20) años, salvo en los casos en los que procede a perpetuidad (delitos contra el patrimonio del Estado cometidos por servidores públicos); la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio con un máximo de veinte (20) años; la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría hasta quince (15) años; la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas con un máximo de diez (10) años; la privación del derecho a la tenencia y porte de arma hasta por quince (15) años; la privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares con un máximo de cinco (5) años; la prohibición de acercarse a la víctima o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, que abarca el término de la pena principal y hasta doce (12) meses más, y al arresto que sustituye la multa en cincuenta (50) arrestos de fin de semana, es decir setenta y cinco (75) días, teniendo en cuenta que cada arresto de fin de semana equivale a treinta y seis (36) horas.

12. Con la entrada en vigencia de un nuevo código de procedimiento penal, de corte acusatorio y que incluyó la posibilidad de que una persona investigada por un delito hiciera acuerdos con la fiscalía para obtener rebajas de pena al aceptar su responsabilidad penal antes del proferimiento de la sentencia, se expidió la Ley 890 en el año 2004, mediante la cual: (i) se modificó el artículo 31 del Código Penal para fijar el límite de la pena en caso de concurso de delitos en sesenta (60) años; (ii) se reformó el artículo 37 del mismo código para aumentar el límite de la pena de prisión a cincuenta (50) años; (iii) de manera general, se aumentaron los topes de las penas previstas en la parte especial del código hasta en la mitad, aclarando que en todo caso se deben respetar los límites señalados en la parte general.

13. La evolución del límite máximo de las penas privativas de la libertad, en consecuencia, presenta una línea ascendente que se frenó con la expedición del Código Penal de 2000, pero volvió a tomar la tendencia al endurecimiento a partir de la Ley

890; luego con la Ley 1257 de 2008 que fijó el máximo de la pena de prisión para un delito específico en setenta y cinco (75) años,¹ y más adelante con la Ley 1453 de 2011, que nuevamente intervino el máximo de la pena en la parte especial del Código para determinarla en noventa (90) años². La evolución de los límites máximos legales previstos en la parte general del Código Penal, se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico número 1. Evolución de la duración máxima de las sanciones penales privativas en Colombia, 1837-2000



Fuente: elaboración propia

14. Lo que se puede observar de esta evolución de los límites de las principales penas privativas de la libertad, es que hasta el año de 1936 la sanción más grave (presidio) apenas alcanzaba los veinticuatro (24) años, y en el año de 1980, cuando desapareció el presidio del Código Penal, la prisión se convirtió en la principal sanción, pero su techo se incrementó en un ciento cincuenta por ciento (150%), el que fue rebajado por virtud de la Ley 599 a un sesenta y seis por ciento (66%) y luego nuevamente incrementado en ciento ochenta por ciento (180%) respecto de la pena máxima del año de 1936. La pena máxima privativa de la libertad, en consecuencia, se ha duplicado en la actualidad, como consecuencia del endurecimiento punitivo que comenzó como resultado de la Ley 40 de 1993 que es, a su turno, la primera ley penal que se muestra abiertamente comprometida con el proyecto de un grupo de personas unidas bajo una causa común³.

15. Los límites de las penas fijados en los códigos penales actuaban como verdaderas talanqueras para el legislador, porque las leyes expedidas por el órgano competente

¹ Mediante la modificación del artículo 135 del Código Penal, que aumentó el máximo de la pena hasta en la mitad, cuando el homicidio en persona protegida sea cometido contra una mujer por el hecho de ser mujer.

² El artículo 6 de la Ley 1453 incluyó en el Código Penal el artículo 188C denominado “Tráfico de niños, niñas y adolescentes”, y le asignó una pena de 30 a 60 años, pena que se incrementa, por circunstancias definidas en la ley, hasta en la mitad.

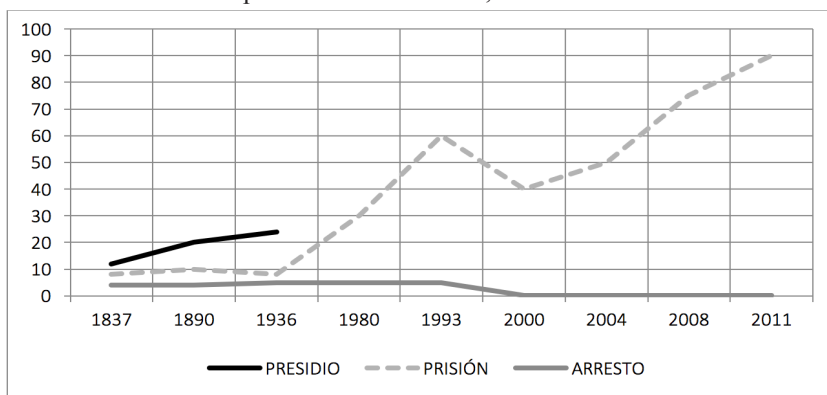
³ En este caso, la Fundación País Libre lideró la iniciativa, en consonancia con su objetivo primordial de trabajo, que es la prevención y lucha contra el secuestro y otras conductas que atentan contra la libertad personal.

no establecían sanciones más allá de los términos previstos de manera general en el Código Penal que estuviera en vigencia, o debían modificar las normas de la parte general. Así, por ejemplo, la Ley 40 de 1993 que aumentó las penas para el secuestro, modificó ante particulares circunstancias de agravación en sesenta (60) años, al mismo tiempo el contenido del artículo 44 del Decreto Ley 100 de 1980, para establecer como límite máximo de la pena de prisión los mismos sesenta (60) años.

16. La Ley 890 de 2004, que realizó un aumento general de las penas previstas en la parte especial del Código Penal, también fue cuidadosa en la observancia de los límites de la pena, porque junto a la previsión del aumento, estableció que “En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley”.

17. Esta situación cambió sustancialmente con posterioridad, cuando el Congreso de la República comenzó a expedir leyes que definen delitos que no se encuentran incorporados formalmente al Código Penal⁴ o fijan penas superiores a los límites generales establecidos en el Código Penal para ellas. Esta situación, que en puridad de términos resulta contraria a la Constitución Política. Sin embargo, no ha sido controlada por la Corte Constitucional en concreto, porque la misma corporación considera que la fijación de la cantidad y la calidad de la pena es una manifestación del principio de libertad de configuración del legislador⁵. De esta forma, se presenta un nuevo ascenso en el máximo de la pena de prisión, según se refleja en el gráfico siguiente, teniendo en cuenta las penas que se encuentran establecidas directamente en el Código Penal:

Gráfico número 2. Evolución de la duración máxima de las sanciones penales privativas en Colombia, 1837-2016



Fuente: elaboración propia

⁴ Al respecto, ver *infra*, sección 4.3 de la segunda parte.

⁵ Este principio lo ha reiterado Corte Constitucional en varias de sus sentencias, entre ellas la C-1080 de 2002. Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1080-02.htm>.

18. En el lapso de ochenta (80) años, en consecuencia, el máximo de las penas privativas de la libertad se ha aumentado desproporcionadamente tanto en términos absolutos (de 24 a 90 años) como en función de la expectativa de vida de los colombianos. Según los datos del Banco Mundial⁶, en Colombia la expectativa de vida al nacer en el año 1960 era de cincuenta y siete (57) años, que se incrementó para 2014 a setenta y cuatro (74) años, esto es, en veintidós coma noventa y siete por ciento (22,97%), en tanto que la duración del máximo de la pena de prisión en estos mismos años pasó de veinticuatro (24) a noventa (90) años, es decir, se incrementó en doscientos setenta y cinco por ciento (275%).

19. Sería un argumento simplista decir que la mera comparación entre expectativa de vida y duración de la pena demuestra la falta de proporcionalidad de las sanciones penales –aunque es válido afirmarlo–. Junto a esas variaciones, existen otros factores de contenido social y axiológico que pueden fundamentar la necesidad de incrementar la respuesta penal, tales como la evolución de los contenidos ético sociales (“civilización” como “estadio de progreso material, social, cultural y político propio de las sociedades más avanzadas” según define la RAE este vocablo); la configuración de los bienes jurídicos y sus necesidades de protección; las formas más sofisticadas de criminalidad, etc.

20. No obstante lo anterior, resulta también válido afirmar que todos los avances sociales imponen una mejor adecuación de la pena a la protección de los derechos fundamentales, dando paso a medidas más efectivas para el restablecimiento de los afectados con el delito, y para la protección de los que corresponden tanto a las víctimas de la delincuencia como a los autores de las conductas socialmente reprochables. El principio de proporcionalidad, en consecuencia, debe construirse a partir de estos múltiples factores, uno de los cuales es garantizar que la sanción tendrá tanta drasticidad como sea necesaria para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, pero sin que llegue a anular los derechos fundamentales de los infractores, o impedir el restablecimiento de los derechos de las víctimas del delito.

2. CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS, SEGÚN LA DOCTRINA QUE LAS FUNDAMENTE

21. La situación meramente numérica vista atrás lleva a la reflexión sobre la proporcionalidad de las penas y los criterios para establecerla. El concepto de proporcionalidad puede verse desde diversas perspectivas jurídicas. En un primer momento, puede relacionarse con las doctrinas de la pena, de modo que, si se siguen las llamadas absolutas: “la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense” (Roxin, 1997, p. 82).

⁶ Datos disponibles en: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>.

Un planteamiento de esta naturaleza representa las posiciones más arcaicas de la función punitiva del Estado, en razón de que fundamentan la sanción en una equivalencia –relativa, en los tiempos modernos– entre conducta y pena, abriendo la posibilidad de que se apliquen sanciones con referencia a la ley del Talión, y considerando la peligrosidad intrínseca del delincuente.

22. En las doctrinas de la prevención especial, la proporcionalidad de la sanción penal debería determinarse fundamentalmente en razón de la resocialización del delincuente, quien debe contar con “la oportunidad de integrarse otra vez en la sociedad después del cumplimiento de su pena” (Roxin, 1997, p. 87) y, por consiguiente, la intensidad y la calidad de la pena deben configurarse de manera que permitan el logro de ese objetivo esencial y la protección de la sociedad hasta cuando se alcance la rehabilitación del delincuente.

Este tipo de planteamientos limita la aplicación de la sanción penal en razón de la finalidad que se persigue, considerando legítimo que se brinde al condenado la posibilidad de reinsertarse en la sociedad al cumplimiento de la pena, pero puede ampliar su duración hasta límites exagerados o a condiciones en las que se fije, en lugar de una duración específica, una condición que puede depender de la valoración que haga el funcionario estatal sobre el logro de la resocialización.

23. La doctrina de la prevención general, por su parte, busca que la pena demuestre “la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo” (Roxin, 1997, p. 91), con lo que resultaría que una pena es proporcional al delito en cuanto prevenga que personas distintas al condenado lleguen a cometer conductas delictivas y tenga como efecto prolongar la vigencia de una configuración normativa determinada.

Las dificultades que se presentan en este modelo están íntimamente relacionadas con el hecho de que la prevención general es una expectativa, un efecto deseado de la pena, que no puede comprobarse empíricamente y que, por consiguiente, admite cualquier cantidad o calidad de pena, sobre la idea de que ella tendrá el efecto buscado.

24. Las llamadas doctrinas de la unión pretenden conjugar las anteriores, con el propósito de dar un fin mayor a la pena, y darle legitimidad dentro de un Estado social de Derecho, por lo que se basan tanto en la prevención general como en la prevención especial, despreciando los fines meramente retributivos, de forma que llegan a fijar la medida de la pena en la culpabilidad del autor, con lo cual introducen en la proporcionalidad nuevos problemas difíciles de superar, como el hecho de que la culpabilidad resulta un concepto que no es posible medir y que, entonces, es remplazado por la racionalidad del juzgador, quien determinará cuánta culpabilidad existe en cada hecho punible.

25. Estas últimas, por demás, parecen ser las tesis que se siguen en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en gran parte de la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, en tanto que en estas dos fuentes se reconoce el fin resocializador como básico para legitimar el ejercicio del poder punitivo, pero igualmente se reconocen beneficios de prevención general a las condignas sanciones penales.

26. Sin ahondar en las complejidades teóricas de estas tesis, se puede aseverar que ninguna de ellas brinda claros criterios sobre la noción de proporcionalidad de las sanciones penales, ni los referentes a los cuales pueda alguien remitirse, pues más allá de un “merecimiento” abstracto de pena; criterios no cuantificables, y referencia a valoraciones mutantes, no pueden establecer ni la cantidad ni la calidad de la pena que corresponde a cada infracción, o la proporción de sanción que debe existir para cada delito, en razón de la finalidad que se persiga.

27. Lo que se encuentra en ellas es, mejor, un límite más o menos abstracto a las sanciones penales, fijado en razón de algunas condiciones, esto es, que el principio de proporcionalidad, más que buscar una adecuación entre el crimen y su sanción, busca compaginar los mandatos constitucionales y el reconocimiento de los derechos humanos iguales para todos, con la pena que corresponde al autor de un delito.

Así, en materia de retribución, la proporcionalidad estaría limitada por (i) la entidad del delito causado, de forma que no podría fijarse una sanción que produjera un mal mayor al que causó el delito cometido; (ii) en materia de la prevención especial, los límites estarán dados por una pena que posibilite la reinserción social (calidad) y por el tiempo necesario para que el autor del delito adquiera conciencia sobre lo que debe hacer en su vida en sociedad (cantidad); (iii) en razón de la prevención general, los límites se deberían fijar en razón de la capacidad atemorizante de la pena para que otros no sigan el mal ejemplo del delincuente (calidad y cantidad), (iv) así como la no intervención en la dignidad humana para que la sanción no pierda legitimidad (calidad y cantidad).

28. La mayor dificultad para desarrollar el principio de proporcionalidad de las penas se encuentra, entonces, en no ceder a las presiones de distintos orígenes que buscan el crecimiento exagerado de la punición en aras de obtener algunos resultados inciertos, o a hacer un uso meramente simbólico del derecho penal, en detrimento de su regla fundamental, según la cual el derecho penal, si es derecho, tiene que garantizar la protección de las personas contra el ejercicio irrazonable del poder punitivo del Estado.

El principio de proporcionalidad, en consecuencia, debe intervenir para asegurar que los objetivos que se buscan con el establecimiento de las penas, requieran la restricción de las libertades públicas de quien debe sufrirlas o, dicho en otros términos, que las medidas previstas estén configuradas racionalmente en la ley y sean necesarias para alcanzar fines legítimos en la sociedad.

29. El concepto de proporcionalidad, en términos matemáticos, es una relación o razón constante entre dos magnitudes, y en términos ordinarios, significa “conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”⁷, de forma que cuando se habla de la proporcionalidad de la pena, es preciso hacer referencia a otro elemento con el cual establecer esa relación de correspondencia.

30. Tradicionalmente, en el derecho penal el principio de proporcionalidad se ha definido a partir de la comparación entre pena y delito (Feijoo, 2007); entre pena y culpabilidad; entre pena y afectación del bien jurídico; entre pena y daño ocasionado con el delito o entre pena y finalidades socialmente admisibles (Arias, 2012).

Estos diferentes referentes, en consecuencia, tienen distintas manifestaciones en la cantidad y en la calidad de la sanción, en tanto que los vínculos entre cada uno de los extremos de la relación no pueden establecerse matemáticamente ni con criterios definidos en alguna especie de tabla de proporcionalidad, puesto que se encuentran relacionados con criterios políticos, consideraciones éticas y jurídicas, y formas de actuar de la realidad social.

31. El principio de proporcionalidad según algunas doctrinas, se puede, establecer a partir de la exigencia de adecuar la pena a un fin específico, de manera que el referente para fijar una pena –tanto para el legislador como para el juez– se ha de encontrar en el objetivo que se persigue, que puede ser diferente según el período de la historia y la teoría que legitime la sanción penal. En este sentido, se podría afirmar que la proporcionalidad en un Estado democrático de Derecho se encuentra en función de la protección de los derechos fundamentales de los habitantes y de la esperanza de resocialización que se tiene con la ejecución de la pena.

Según esto, será necesaria tanta pena cuanta sea la necesidad de permitir a los ciudadanos el goce de sus derechos fundamentales libres de crimen, y tanta cuanta sea necesaria para que el infractor adquiera hábitos respetuosos de los derechos de los demás. Se podría decir, en consecuencia, que a partir de un análisis de este tipo habría que jerarquizar los distintos bienes jurídicos protegidos a través del derecho penal, para fijar las sanciones más drásticas a los de mayor importancia en la comunidad; pero también se debería establecer, de antemano, un programa de “resocialización”⁸ basado en criterios científicos que nos permita pronosticar qué sanción y por cuánto tiempo es la que mejor conduce a lograr que el infractor recupere las condiciones básicas del respeto al derecho ajeno.

⁷ RAE, Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <http://www.rae.es/>.

⁸ Utilizamos aquí el término genérico “resocialización”, dominante en la literatura, pero es más propio acudir a la expresión “reinserción social” que marca una diferencia con el primero, a partir de la vinculación de la sociedad con el proceso de reubicación del postpenado a la vida en comunidad, en tanto que el primero lo ve como un proceso individual de mejoramiento personal de quien debe sufrir una pena.

32. Este principio de adecuación a un fin, empero, no parece ser suficiente para determinar cuando una pena es proporcional. Parece necesario establecer también un límite al poder punitivo del Estado, con el fin de dar legitimidad a su intervención, pues de otra forma, se tendría que abrir el paso a demandas de exagerada punición con el único fundamento de la sensación de seguridad ciudadana. En este sentido, se alude al principio de necesidad de pena en su acepción de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiaridad. El primero de estos conceptos, entendido como límite para que la sanción sea lo menos grave posible; el segundo como una respuesta a las afectaciones más graves a los bienes jurídicos objeto de protección con el derecho penal, y el tercero como la determinación de una sanción con carácter residual, cuando se demuestre que otras respuestas han fracasado con la protección del bien jurídicamente tutelado.

33. La tesis del neoproporcionalismo “sobre la determinación de la pena pretende desarrollar criterios de proporción con el hecho en el marco de una teoría de la prevención general intimidatoria, desligando la justificación social de la pena de los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto” (Feijoo, 2007), por lo que no se fijan en criterios prospectivos sino retrospectivos.

Quizás sin saberlo, el legislador colombiano ha venido adoptando la base fundamental de estos esquemas punitivos, en la medida en la que ha acudido al incremento exagerado de las sanciones penales bajo dos ideas centrales: (i) la pena legal, por sí misma, disuade a los posibles infractores de la ley penal, dada la gravedad de la sanción determinada por el legislador, y (ii) el incremento de las sanciones penales resulta acorde con las demandas de justicia de las víctimas, en particular en casos que sirven para generar alarma general en la sociedad ante una posible, abstracta y generalizada victimización.

34. Los efectos disuasivos de la pena, por otra parte, son supuestos por el legislador colombiano, quien sin sustento empírico adecuado asume que el incremento de la sanción o la creación de un nuevo tipo penal disuade efectivamente al autor potencial de un delito, desconociendo la efectividad de este mecanismo por su falta de constatación empírica (Comisión Asesora, 2012, p. 29), y dejando de lado las críticas que se han venido formulando a las teorías de la disuasión desde distintos planos de las ciencias sociales, incluso a partir de estudios empíricos que señalan la poca efectividad de la asignación de la pena en la prevención general del delito.

35. Los problemas que presentan este tipo de modelos de determinación de la proporcionalidad de las penas son de variada índole, pero se pueden condensar diciendo que (i) seguirán, *ad aeternum*, incrementando la cantidad de las penas y creando nuevas formas de criminalización, mientras se sigan cometiendo comportamientos delictivos, porque su realización es muestra de la necesidad de mayor sanción; (ii) parten de la base de que todos los autores de comportamientos

delictivos se motivan racionalmente al delito, desconociendo que el ser humano no es unidimensional y existen muchas formas de llegar a la comisión del delito; (iii) en muchas ocasiones la máxima pena tiene un mínimo efecto intimidador, como puede verse con el hecho de que la pena más grave –la muerte– no ha evitado la realización de los hechos conminados con ella; (iv) las víctimas pueden condicionar la satisfacción de justicia hacia ámbitos que no son propios de la pena, como medidas de restricción de la libertad antes del juicio, o bien la trivialización de los estándares probatorios o el incremento exagerado de la sanción penal, subjetivando así la aplicación del derecho punitivo, y (v) los criterios para definir la gravedad del hecho –en concreto y en abstracto– suelen depender de consideraciones volubles en un espacio y tiempo determinados⁹.

36. Las teorías sobre la pena, sus fines y legitimación, en todo caso, no pueden suministrar más que criterios para la actividad legislativa que, en consecuencia, goza de una alta discrecionalidad para determinar la clase y cantidad de la pena que corresponde a cada delito.

Sin embargo, esa amplia discrecionalidad tiene límites establecidos por el principio democrático, toda vez que ningún Estado, ni sus órganos, puede establecer las sanciones penales sin considerar bienes fundamentales de los asociados –tales como el principio de dignidad humana, el de libertad, el de pacífica convivencia– y la naturaleza misma del ser humano con sus características de perfectibilidad, razonamiento y voluntad.

3. LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

37. Los límites al ejercicio del poder punitivo del Estado, entonces, deben buscarse en múltiples fuentes, algunas de las cuales son netamente jurídicas. En nuestro país, estas se encuentran conformadas por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la Constitución Política, en razón de la constitucionalización del derecho a castigar que se consagró a partir de 1991.

38. De esta forma, el principio de proporcionalidad está condicionado por las disposiciones del derecho internacional que se refieren a la materia, y en particular por los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal.

⁹ Ocurrió con el apoderamiento de aeronaves, naves, o medios de transporte colectivo del inciso 2 del artículo 173 CP, que, al momento de fijar su sanción, al parecer se entendió como conducta más grave que el homicidio simple por circunstancias relacionadas con hechos particulares.

Para los efectos del análisis de las normas de derecho internacional que deben ser tenidas en cuenta dentro del proyecto de configuración de criterios de proporcionalidad de las penas correspondientes a los delitos tipificados en Colombia, es necesario tener en cuenta que el conjunto “derecho internacional”, en cuanto interesa a este enfoque, tiene tres campos específicos de acción: (i) el derecho internacional de los derechos humanos, (ii) el derecho internacional humanitario, y (iii) el derecho internacional penal.

39. En los tres distintos ámbitos del derecho internacional se encuentran normas relacionadas con (i) las finalidades que legítimamente se pueden perseguir con la asignación de las penas; (ii) la calidad de las penas que resultan admisibles en un Estado democrático de Derecho; (iii) la forma como se han de ejecutar las penas establecidas por el legislador; (iv) el deber de tipificar ciertos comportamientos como delitos (mandato de tipificación), y (v) la obligación de asignar penas a dichas conductas (mandato de penalización). Ninguno de estos mandatos, sin embargo, regula la calidad de las penas a asignar o los límites de las mismas, o la correspondencia entre crimen y sanción (proporcionalidad).

40. Las convenciones y tratados de derecho internacional son producto de negociaciones entre Estados, de manera que tienen una historia de su establecimiento, en la que se pueden encontrar razones para las obligaciones que se imponen a los Estados que suscriben el instrumento. No obstante, la dificultad de acceder al contenido de las distintas posiciones de los Estados, impide que se incorporen tales razones en la forma como se configuraron en el curso de la negociación del tratado.

Las dificultades para el acceso a la información tienen que ver, principalmente, con (i) el hecho de que ellas –salvo muy contadas excepciones– no aparecen en documentos publicados en la web y (ii) la reconstrucción de la historia requeriría la solicitud de los documentos a todos los Estados que participaron en la confección y negociación del tratado o convenio internacional, lo que excede las posibilidades materiales del investigador.

A cambio de la historia fidedigna del establecimiento de la norma de derecho internacional, se puede acudir, en cuanto sea posible, a los considerandos y motivaciones que anteceden al texto del tratado o convenio, en donde se establecen algunos puntos de base sobre las finalidades que se persiguen con la norma de derecho internacional.

41. El contexto del derecho internacional, como sistema normativo, presenta una serie de intersecciones y relaciones que, en ocasiones, son difíciles de determinar, particularmente porque algunas disposiciones del derecho penal internacional parecen entrar en contradicción con los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que los primeros unifican posiciones frente a comportamientos criminales que habitualmente están dadas por la magnitud de las consecuencias del hecho punible, y los segundos se ocupan de establecer las garantías fundamentales, entre ellas las relativas al juzgamiento de las conductas y a la protección de todas las personas contra el ejercicio del poder del Estado, incluido el poder punitivo.

Para los efectos de este trabajo simplemente se ejemplifica la tesis anterior, con la revisión de algunos instrumentos internacionales, comenzando por algunos de los que se han elaborado para tratar de poner fin a un comportamiento de amplio espectro geográfico y de creciente vigencia en el orden mundial: el terrorismo. Se ha de insistir, sin embargo, que en el derecho internacional no se regulan los límites de las penas que se han de asignar a los delitos en él regulados, ni convencionalmente se establecen jerarquías entre los distintos hechos punibles, a pesar de lo cual se pueden extraer de algunas regulaciones que se incluyen en los tratados, criterios de proporcionalidad de las penas.

42. La Convención Interamericana contra el Terrorismo (Aprobada el 3 de junio de 2002), definió en su preámbulo como bienes jurídicos protegidos: (i) los valores democráticos; (ii) la paz y la seguridad internacionales; (iii) los derechos humanos y las libertades fundamentales; (iv) la seguridad de los Estados; (v) las bases de toda la sociedad, (vi) el desarrollo económico y social de los Estados de la región.

Esta mención de los objetos de protección evidentemente deja ver que para el sistema interamericano de garantía de los derechos humanos las conductas de terrorismo son pluriofensivas y que los países americanos consideran que ellas afectan las bases de la sociedad, los pilares de la paz mundial, la forma democrática de gobierno y los derechos fundamentales de los coasociados, con lo que se puede concluir que este tipo de comportamientos debe ser de los más graves en relación con las otras conductas delictivas que tenga que afrontar la sociedad americana en general.

43. Pese a la connotada gravedad de la conducta, la Convención puso límites a las formas de reaccionar contra ella: pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, así como la preservación del Estado de Derecho, las libertades y los valores democráticos en el hemisferio (parte enunciativa); el debido uso de la información, y la protección al movimiento legítimo de capitales (artículo 4.1.b.).

Esto quiere decir que la lucha contra el terrorismo (terrorismo propiamente dicho; suministro de fondos para el terrorismo, y el lavado de dinero, que son los delitos propios de la Convención) no justifica ni legitima la alteración de las reglas esenciales del Estado democrático de Derecho, entre las cuales están el principio de dignidad humana y la función resocializadora de la pena, ni puede afectar actividades lícitas tales como las enunciadas en el citado artículo 4.1.b).

Si bien las finalidades declaradas de la Convención son prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo, el comportamiento que se incrimina carece de contornos precisos porque la definición del delito, según el artículo 2, se remite a distintos instrumentos internacionales para determinar las conductas que se consideran delito de conformidad con ella¹⁰.

¹⁰ Estos instrumentos son: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de

44. Para los países de la región, la Convención tiene algunos mandatos frente al problema: (i) de criminalización de las conductas definidas como terrorismo (artículo 3); (ii) de configuración de una lista de delitos determinantes del lavado de dinero con los comportamientos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención (artículo 5) y (iii) un mandato de penalización (artículo 3).

La penalización de los comportamientos no se restringe a la utilización del derecho penal ni a la asignación de las penas más graves a cualquiera o a todos los delitos a que se refiere el instrumento internacional, como quiera que en él se enuncian como posibles respuestas a las conductas, complementarias a la asignación de las penas propias del derecho penal, la identificación, el congelamiento, el embargo y el decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de esta Convención (artículo 5).

45. Junto con estas previsiones de utilización del derecho penal para lograr el propósito de la Convención, en ella se enumeran otras conductas que pueden ser igualmente delictivas, pero que no tienen mandato de criminalización aun cuando revisten gravedad como manifestación o posibles conductas relacionadas con el terrorismo, tales como la circulación internacional de terroristas y el tráfico de armas u otros materiales destinados a apoyar actividades terroristas (artículo 7.1), y la falsificación, alteración ilegal o utilización fraudulenta de documentos de viaje (artículo 7.2).

46. Finalmente, la Convención enunciada establece restricciones de acuerdo con el derecho internacional: (i) Para los propósitos de extradición o asistencia jurídica mutua, ninguno de los delitos se considerará como delito político o delito conexo con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos. (Artículo 11); (ii) denegación de la condición de refugiado a los actores de terrorismo (artículo 12); (iii) denegación de asilo (artículo 13), y (iv) imposibilidad de que un Estado ejerza jurisdicción en el territorio de otro (artículo 19).

la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997; Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

47. En estas condiciones, en razón del principio de proporcionalidad de las penas en el sistema jurídico colombiano, se pueden extraer de este instrumento de derecho internacional penal varios criterios que contribuirán a la determinación de la pena. En primer lugar, que el delito de terrorismo, la financiación del terrorismo y el lavado de activos son delitos graves, pero no los más graves en el ámbito del derecho internacional penal y, por consiguiente, su sanción ha de estar por debajo del tope de la pena que el Estado asigne a otros comportamientos de mayor trascendencia.

Existen otras conductas relacionadas que también deben ser combatidas por los Estados, pero que se ubican en la escala de gravedad en posición inferior a las enunciadas en el párrafo anterior: circulación internacional de terroristas, tráfico de armas y materiales de apoyo a las actividades terroristas y falsificación de documentos de viaje.

Las actividades terroristas que deben incluirse en la tipificación de la conducta y, por consiguiente, las que la comunidad internacional considera más graves dentro de las posibles, son las enunciadas en distintos instrumentos internacionales (nombrados en la Convención) y que recogen actividades que, por regla general, ponen en riesgo una multiplicidad inespecífica de personas y producen efectos indiscriminados, de donde la condición de las víctimas (ciudadanos que están en ejercicio de sus derechos y libertades) y el daño ocasionado (inseguridad en la población, posibles afectaciones a la paz, derechos humanos y desarrollo económico) son criterios de gravedad para la determinación de las sanciones correspondientes.

Los comportamientos enunciados en la Convención pueden ser perseguidos y sancionados con medidas penales y medidas de carácter administrativo o policivo, de forma que no siempre el Estado Parte del instrumento internacional tiene que reaccionar a las conductas con penas privativas de la libertad.

48. La Convención Internacional contra la Toma de Rehenes¹¹ brinda otros criterios de determinación de la proporcionalidad de las penas a través de los bienes jurídicos protegidos en ella: derecho a la vida y derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, considerados en el ámbito de la paz internacional.

En este instrumento internacional no se concede importancia a los actos meramente atentatorios contra la vida, la libertad o la seguridad de las personas individualmente consideradas (lo que en el derecho interno se califica como homicidio simple o secuestro), sino que las naciones buscan exigir la criminalización y adecuada penalización de conductas que trascienden la esfera de la seguridad y libertad privadas, reprochando el comportamiento de toma de rehenes que afecta la libertad y la seguridad de las personas, y pone en riesgo la vida de las mismas,

¹¹ Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución 34/146 el 17 de diciembre de 1979 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de junio de 1983 de conformidad con el artículo 8.

como una manifestación de terrorismo internacional, de manera que el bien jurídico protegido detrás de los enunciados, resulta ser la comunidad en general y por esta razón adquiere cierta gravedad en el ámbito internacional.

49. Las normas de la Convención, en todo caso, describen garantías a favor del autor de las conductas allí enunciadas, tales como las relativas a un trato equitativo en todas las fases del procedimiento; el goce de todos los derechos y garantías previstos en el derecho del Estado en cuyo territorio se encuentre (artículo 8); la prohibición de extradición cuando el presunto delincuente es requerido para ser castigado “por razón de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política” (artículo 9), garantías en las que subyace el principio de que la defensa de los derechos a las personas afectadas con graves conductas criminales no se puede hacer a cualquier precio, sino asegurando el cumplimiento de las normas generales de protección de los derechos humanos.

50. En materia de definición del tipo penal, el instrumento internacional considera como tal “toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención”, lo mismo que la tentativa de la conducta y la participación en ella (Artículo 1). Esta modalidad de conducta encaja en lo que en derecho colombiano se denomina secuestro extorsivo, de forma que este delito resulta ser grave de conformidad con el derecho internacional penal y, por consiguiente, merece una sanción acorde con tal gravedad.

Por lo demás, el comportamiento, de acuerdo con los mandatos de la Convención, debe ser criminalizado, por lo que no basta como respuesta estatal al mismo la adopción de sanciones de tipo administrativo o civil. Las penas que corresponden son aquellas que resulten “adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos” (artículo 2) y para denotar aun más la gravedad del hecho, se consagra el ejercicio de la jurisdicción universal.

51. Resulta interesante para los efectos de la determinación de la proporcionalidad de las penas, el hecho de que en la Convención se consagra la posibilidad de que el sospechoso de haber cometido uno de los actos de toma de rehenes puede ser objeto de detención preventiva y otras medidas para asegurar su comparecencia a un posible proceso de extradición y a la investigación penal, así como la previsión según la cual las autoridades que enjuicien al responsable “tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave de acuerdo con el derecho de tal Estado” (artículo 8).

52. Finalmente, en la Convención se traza una clara diferencia entre el delito de toma de rehenes en el campo del derecho internacional penal y el delito de secuestro extorsivo en el ámbito del derecho interno de los Estados, pues los preceptos del Tratado no se pueden aplicar en caso de toma de rehenes durante conflicto armado (artículo 12); tampoco cuando se trate de “que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado” (artículo 13).

Se puede establecer, entonces, que en el derecho internacional se parifican los delitos de terrorismo y toma de rehenes, en tanto que ambos se consideran graves, ambos afectan a un grupo indiscriminado de población, los dos deben ser objeto de criminalización y penalización, y tanto el uno como el otro tienen que ser castigados por la vía del derecho penal, pero que en todo caso, es posible diferenciar cuando estas conductas afectan a la comunidad internacional –más graves– y cuando sus efectos solamente alcancen a los nacionales de un Estado –conductas de menor gravedad para el concierto internacional–.

53. La Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios (4 de diciembre de 1989), elaborada con el fin de proteger los principios de derecho internacional tales como los de la igualdad soberana, la independencia política, la integridad territorial de los Estados y la libre determinación de los pueblos, así como los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas¹², en materia de proporcionalidad de las respuestas a las conductas en ella previstas simplemente hace alusión al hecho de que el acusado de una de ellas debe recibir un trato justo y se le deben asegurar las garantías judiciales propias del ejercicio del poder punitivo de los Estados.

54. Particularmente, en este instrumento se hace referencia a las nuevas actividades internacionales ilícitas que vinculan a traficantes de drogas y a mercenarios en la perpetración de actos de violencia que socavan el orden constitucional de los Estados, de manera que se advierte, a la par con otros Convenios del mismo carácter, que las actividades del tráfico de narcóticos y el ejercicio de la violencia son también considerados delitos de carácter grave por la comunidad internacional, enmarcando este último en el ámbito de la utilización de mercenarios en los conflictos armados y para derrocar gobiernos legítimamente constituidos.

No obstante lo anterior, cuando la Convención se ocupa de definir las conductas que deben ser objeto de criminalización de los Estados, hace referencia específicamente al reclutamiento, utilización, financiación o entrenamiento de mercenarios, según la definición del artículo 1 de la Convención (artículo 2); la participación de todo mercenario en hostilidades o en un acto concertado de

¹² Así consta en el preámbulo de esta Convención.

violencia, según sea el caso (artículo 3); y la tentativa y la complicidad en los anteriores (artículo 4). De todo ello, se puede concluir que el énfasis que se hace está más relacionado con la intervención de mercenarios en las situaciones de conflictos armados, no en la protección de los regímenes democráticos, o en el combate contra la criminalidad organizada del narcotráfico, o en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

55. Las conductas no se han graduado en su gravedad, pero evidentemente se consideran de especial connotación en este aspecto, porque la Convención establece la necesidad de que los Estados las penalicen adecuadamente en función con la gravedad del hecho, siendo las sanciones “penas que reflejen el carácter grave del delito” (artículo 5.3).

Es importante anotar, sin embargo, que, pese al carácter grave de las conductas, el instrumento no renuncia a la posibilidad de que para contrarrestarlas se utilicen medidas distintas a las de carácter penal, pues propugna por el uso de medidas administrativas y de otra índole necesarias para impedir que se cometan esos delitos (artículo 6).

56. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional, protege esencialmente la libertad, la justicia y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana ante actos delictivos contra personas que merecen protección especial de acuerdo con las normas del derecho internacional, conductas que se han incrementado en los últimos tiempos, los que revisten trascendencia internacional por las consecuencias que pueden derivarse para las relaciones entre los Estados.

En consonancia con ellos, se ordena adoptar legislaciones acordes con los mandatos de la Convención para prevenir y sancionar delitos graves tales como los actos de terrorismo y en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexa con estos delitos.

57. Al igual que otros instrumentos internacionales, esta Convención condiciona la elaboración y aplicación de las medidas de lucha contra el delito a la preservación de las garantías judiciales de los acusados, entre las cuales, por consiguiente, se encuentran el principio de legalidad y su desarrollo el principio de proporcionalidad.

58. Mención especial, aunque muy breve, merece el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En ella, se fija un límite de la pena de privación de la libertad (reclusión) de 30 años, previéndose la prisión perpetua “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”¹³.

¹³ Artículo 77 1. b.

De conformidad con este Estatuto, la Corte solamente conoce del delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión, esto es los crímenes más graves de conformidad con el derecho internacional.

Para estos crímenes más graves en el ámbito del derecho internacional penal, se reserva la pena de reclusión hasta por treinta (30) años, siendo excepcional la cadena perpetua, de forma que aun en este instrumento internacional –que cobija a todos los Estados que lo han suscrito– se considera como medida justa de la retribución la señalada duración de la pena privativa de la libertad.

59. Los anteriores ejemplos del derecho internacional penal muestran que también en ese ámbito de protección existe una inmensa falla en materia de proporcionalidad de las penas, porque si bien todas las conductas que en ellos se contemplan son calificadas como “graves”, la asignación de la calidad y cantidad de las penas se remite a lo que resulte “acorde con su gravedad”, en criterios que se dejan al arbitrio de cada uno de los Estados. Para satisfacer este mandato de penalización, en consecuencia, bastaría con definir el delito de que se trate y atribuirle una pena superior a los cinco años de privación de la libertad, que es en términos generales lo que identifica la calidad y cantidad de las sanciones para los delitos “graves”.

60. En materia de tratados que están orientados fundamentalmente a la protección de los derechos humanos, se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁴, cuyo preámbulo establece como bienes jurídicos protegidos la no discriminación, libertad, igualdad, dignidad y derechos de la mujer; la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como la satisfacción de otras necesidades.

Es, indudablemente, un instrumento internacional que elimina una situación tradicional de discriminación y maltrato contra un grupo mayoritario dentro de la sociedad y que, por consiguiente, impone a los Estados que la han suscrito el adelantamiento de acciones concretas para alcanzar el fin de protección integral a la mujer.

61. No obstante, como sucede en la mayoría de los instrumentos internacionales, fija límites a las medidas que deben adoptarse: la temporalidad, que significa que las medidas cesarán cuando se alcance materialmente la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre el hombre y la mujer.

62. Según las reglas de este convenio internacional, se persigue la reafirmación de los derechos humanos fundamentales, la dignidad y el valor de la persona humana, y la igualdad de derechos de hombres y mujeres, de manera que estos fines se encuentran en función de una protección reforzada a las mujeres y por esta razón se

¹⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

acude a definir como delictivas las conductas que impliquen discriminación contra la mujer¹⁵ y a exigir la adopción de acciones tendientes a consagrar el principio de la igualdad del hombre y de la mujer; suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer (artículo 6); prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil, entre otras.

63. La Convención, sin embargo, no proporciona criterios de gravedad de las conductas lesivas de los derechos de la mujer, ni establece una particular trascendencia de ellas en el ámbito del derecho interno de los Estados, lo que no significa que carezcan de importancia dentro del sistema jurídico, sino que serán más o menos graves en la medida en la que las normas de derecho contengan, propicien o de cualquier modo afecten los fines perseguidos con la convención.

64. En la Convención sobre los derechos del niño de 1989 se reconoce el derecho de los infantes a tener cuidados y asistencia especiales y se establecen como derechos esenciales su vida, su supervivencia y desarrollo.

El interés superior del niño se enuncia dentro de este tratado como el eje central de “[t]odas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”.

65. Aun cuando la Convención no contiene mandatos de criminalización de determinadas conductas que afecten a los menores de edad, incluye algunas previsiones que pueden determinar la tipificación de tales comportamientos, tal como ocurre en el artículo 11 que ordena a los Estados Parte “luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” y con el artículo 19 que dispone adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, incluida la intervención judicial cuando sea necesario; o el artículo 32 que prevé la posibilidad de que se establezcan penas para la violación de la protección del menor de edad contra el trabajo infantil.

66. Junto a estas previsiones, en la Convención se enumera una serie de conductas contra las que debe estar protegido el niño: explotación y abuso sexuales; secuestro, venta o trata de menores de edad; explotación; tráfico y uso de drogas; tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁵ La definición del delito “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (artículo 1).

67. La Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, por su parte, prevé que “se considerarán actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso, que cometan los beligerantes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados”.

68. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía establece que todo Estado parte debe incluir dentro de su legislación penal, en relación con la venta de niños, ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de explotación sexual del niño; transferencia con fines de lucro de órganos del niño, y trabajo forzoso del niño. Así mismo, inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción; ofrecer, obtener, facilitar o proporcionar un niño con fines de prostitución, en el sentido definido en la Convención, y producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con los fines antes señalados, material pornográfico en que se utilicen niños, según lo previsto en el instrumento internacional.

69. Todos estos delitos deben ser castigados con “penas adecuadas a su gravedad” y extendiendo la responsabilidad penal a las personas jurídicas que participen en cualquiera de los hechos cuya criminalización se ordena, sobre los cuales se reconoce el principio de jurisdicción universal y la posibilidad de extradición.

70. Según lo anterior, estos instrumentos internacionales no califican la gravedad de las conductas que afectan a los menores de edad, ni establecen de una manera concreta o especial la necesidad de criminalizar determinado tipo de comportamientos, o de asignar a ellos alguna clase o cantidad de pena.

El interés superior del niño, por su parte, no es desarrollado en estos instrumentos internacionales, aun cuando es enunciado como un principio de la Convención, es decir, describe una serie de derechos respecto de cada uno de los mandatos del instrumento internacional. Desde esta perspectiva, la Convención da especial prevalencia a los derechos de los menores de edad, lo que no implica que en el ámbito penal tal prioridad conduzca a desestructurar el sistema punitivo, porque lo que se busca es la garantía de sus derechos, no la nuda represión, pura y dura, en contra de las conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos de los que son titulares (Cillero, s/f).

71. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII, parte del supuesto de que “el

genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena”, tanto en tiempo de paz como en época de guerra y en su artículo I impone a los Estados Parte la obligación de prevenirlo y sancionarlo.

72. En materia de criminalización de las conductas, la Convención enuncia algunos comportamientos que pueden constituir genocidio cuando sean “perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

73. Las penas no fueron definidas ni en su clase ni en su cuantía; simplemente se establece la necesidad de fijar “sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. Esta expresión, que es diversa de la que se utiliza en otros instrumentos internacionales, tales como “penas adecuadas a su gravedad”, se explica en la medida en la que la Convención fue adoptada en el año de 1948 y no existían estas fórmulas para instar a los Estados a castigar determinado tipo de conductas.

74. La importancia del bien jurídico protegido (la supervivencia y la integridad de la humanidad entera), sin embargo, queda de presente a partir de la categoría que se da al delito de genocidio –madre de todos los crímenes de lesa humanidad– y la afectación o peligro que este delito causa a las personas humanas en su conjunto.

75. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965 y entrada en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19, contiene en su artículo 4 la obligación de configurar “como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”.

76. Esta Convención entiende por discriminación racial “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”, de donde se puede concluir que las razones de la incriminación que se establece como deber de los Estados Parte hace alusión a especiales circunstancias de afectar los derechos humanos y

las libertades fundamentales de grupos de personas que, por razones distintas, son considerados en determinados territorios como “ciudadanos de segunda clase”.

77. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1), se refiere a la tortura como comportamiento que puede ser ejecutado por un “funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”, de forma que no cubre lo que el derecho colombiano denomina tortura en el artículo 178 y que si bien guarda similitud con la descripción de la Convención, no exige la intervención de un servidor público.

78. Se señala en el tratado el deber de los Estados Parte de criminalizar “todos los actos de tortura”, su tentativa y la participación en el delito, que ha de ser sancionado con “penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”. Establece también el principio de jurisdicción universal sobre los actos de tortura e impide la consideración del delito como político.

79. La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas¹⁶ es otro instrumento internacional de especial importancia en función de la protección de los derechos humanos, atendida la circunstancia de que este delito “viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

El delito de desaparición forzada se define como “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes¹⁷”.

80. En punto de los mandatos que contiene la Convención, se encuentra que esta va más allá de lo que habitualmente hacen los instrumentos de este carácter, porque no solamente impone el deber de tipificar como delito el comportamiento, sino también la imposición de una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad; el deber de considerar la conducta como un delito permanente, y la posibilidad de conceder beneficios a quien contribuya a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona¹⁸, así como la imprescriptibilidad de la acción penal derivada de la comisión del delito.

¹⁶ Ratificada por Colombia el 4 de diciembre de 2005.

¹⁷ Artículo 2 de la Convención.

¹⁸ Artículo 3 de la Convención.

81. La desaparición forzada no es, en consecuencia, solamente un delito grave, sino que lo es de extrema gravedad, resaltándose por sobre otros comportamientos que también son considerados por el derecho internacional, en razón de los múltiples bienes jurídicos que lesiona o pone en peligro: la vida, la libertad, la integridad personal, la familia, la seguridad personal, etc.

82. De la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas se puede destacar que inicialmente hace diferencia entre delitos graves y delitos tipificados con arreglo a la Convención y define los primeros como aquellos comportamientos sancionados con, al menos, cuatro años de prisión máxima o una pena mayor. Es importante considerar, entonces, que según este límite punitivo la gran mayoría de conductas típicas colombianas sería grave en función de la pena.

83. Hay cuatro delitos específicos a los que se refiere la Convención como punta de lanza en la lucha contra la corrupción: (i) concierto para delinquir denominado “participación en un grupo delictivo organizado”; (ii) lavado de activos, y (iii) la corrupción, entendida como “la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”, o bien la “solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”, todos los cuales se deben sancionar con penas “que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos”.

También se prevé que los Estados parte regulen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la imposición de sanciones penales y no penales eficaces, disuasivas y proporcionadas.

84. En materia de detención preventiva, la Convención recomienda que las medidas que se adopten al respecto garanticen la comparecencia del procesado al juicio y, en caso de condena, establece que los jueces decidirán la libertad condicional y otras medidas similares teniendo en cuenta la gravedad de los delitos materia de la Convención. La prescripción de la acción penal debe establecerse en un plazo prolongado.

85. En materias accesorias, la Convención impone el deber a los Estados parte de criminalizar las amenazas y otras conductas dirigidas a obtener un falso testimonio o a impedir el testimonio de las personas que puedan dar informaciones sobre los actos delictivos de que trata la Convención, así como la penalización de similares conductas contra los funcionarios encargados de investigar o juzgar los delitos, propias del instrumento internacional.

86. Esta Convención cuenta con un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que impone la obligación de penalizar este delito.

Otro Protocolo se refiere al tráfico de migrantes por aire, mar y tierra, que impone la obligación de criminalizar esta conducta, así como la falsificación de los documentos de viaje en relación con dicho tráfico. El tráfico debe ser agravado cuando ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes o cuando se prodigue al mismo un trato inaceptable con su dignidad humana.

Un tercer Protocolo regula la situación de la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que ordena la criminalización del tráfico y la fabricación ilícitos de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, así como la falsificación o adulteración de sus marcas de identificación.

87. Finalmente, se puede citar como ejemplo del derecho internacional el Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (NNUU-CES, 2005) en donde aparece una clara enunciación de los delitos que la comunidad internacional considera más graves: “graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud¹⁹”, para los cuales se pide a los Estados responder con “penas apropiadas”.

88. En el Conjunto de principios anotado se consideran también las especiales situaciones de restablecimiento de la democracia, la paz o la transición hacia ellas, en donde es de vital importancia asegurar el cumplimiento de estos principios y, en particular, garantizar a las víctimas varios derechos: (i) el derecho a la verdad y el deber de recordar; (ii) el derecho a la justicia; (iii) el derecho a obtener reparación y que no se repitan las violaciones.

Este documento de *soft law* en el derecho internacional no se refiere a restricciones que deben implementarse en contra de las garantías judiciales, pero sí establece normas procesales de compensación para las víctimas, tales como su protección especial y su participación por sí mismas o a través de organizaciones no gubernamentales que tengan interés en el proceso.

¹⁹ Así aparece en el literal B de las definiciones de este instrumento.

89. De todo lo anterior, se pueden señalar algunos elementos conclusivos:

- (i) El derecho internacional público, si bien contiene mandatos de criminalización y de penalización, hace énfasis en la criminalización del comportamiento por sobre la fijación de los límites de las penas adecuadas a ellos, con lo cual deja en libertad a los Estados para que sean ellos, de acuerdo con su derecho interno, quienes determinen los criterios de proporcionalidad que sean acordes a sus ordenamientos jurídicos.
- (ii) Por lo anterior, es forzoso concluir que un Estado no incurriría en violación de los compromisos internacionalmente adquiridos si sancionara con penas “racionalmente” proporcionales los comportamientos que se consideran delictivos en el ámbito internacional.
- (iii) Como no existen límites a la sanción ni a la calidad de la pena, la respuesta punitiva puede ser diferente a la prisión y, además, puede estar dentro de rangos que sean similares a los utilizados por otros países.
- (iv) El Estatuto de Roma, que regula el funcionamiento de la Corte Penal Internacional encargada de juzgar los delitos más graves para la comunidad internacional, considera adecuada a la gravedad de los hechos una pena privativa de la libertad de treinta (30) años, salvo algunos casos excepcionales.

4. LAS PENAS EN ALGUNOS PAÍSES

90. Para los efectos de establecer una comparación –meramente cuantitativa– de las penas asignadas en algunos países, y sin entrar en consideraciones de tipo político, sociológico o de desarrollo respecto de las razones que pueden llevar a la determinación de los límites de la pena de prisión (o su equivalente con diferentes nombres jurídicos), se destaca que los máximos de las penas se fijan en muchos países por debajo de los límites legales señalados en el Código Penal colombiano.

91. En materia de la cantidad de la pena imponible en la parte general del Código, se encuentran diversos límites, pero, por lo general, los más altos se encuentran en América Latina. Así, en los países de Europa, Andorra tiene señalado el máximo de la pena en veinticinco (25) años; Bélgica, reclusión temporal hasta treinta (30) años; España, prisión hasta veinticinco (25) años²⁰; Francia, reclusión criminal, hasta treinta (30) años, salvo los casos de prisión perpetua; Bulgaria, prisión hasta por veinte (20) años, excepto en los eventos de prisión perpetua²¹; Eslovenia, prisión hasta treinta (30) años.

²⁰ Este el término en el cual se debe revisar la pena de prisión perpetua, para determinar la posible liberación del acusado. En casos en los que no se imponga pena de prisión perpetua, el máximo de la pena es de veinte años.

²¹ Esta legislación tiene señaladas algunas conductas castigadas con prisión perpetua, sin posibilidad de sustitución, para delitos extremadamente graves.

En Asia, Bután registra prisión temporal hasta quince (15) años (salvo los casos de prisión perpetua); Federación Rusa, privación de la libertad hasta por treinta (30) años²²; Turquía, con pena de prisión perpetua y pena de prisión hasta un máximo de veinte (20) años; Armenia, con privación máxima de la libertad de quince (15) años, o veinte (20) en caso de concurso, y pena de prisión perpetua; Georgia, veinticinco (25) años y treinta (30) en caso de concurso; Tayikistán, con pena de veinte (20) años y veinticinco (25) en caso de concurso.

En África está Angola, con prisión hasta por veinticinco (25) años²³; Burundi, servidumbre penal, hasta por treinta (30) años, salvo los casos de cadena perpetua; República Democrática de Congo, trabajos forzados hasta por veinte (20) años; Argelia, prisión hasta veinte (20) años, salvo los casos de pena de muerte y cadena perpetua; Etiopía, prisión rigurosa hasta por veinticinco (25) años; Gabón, prisión hasta diez (10) años, salvo los casos de pena de muerte.

En América Latina, finalmente, se puede señalar a Bolivia²⁴, presidio hasta treinta (30) años; Costa Rica²⁵, prisión hasta cincuenta (50) años; Cuba²⁶, privación temporal de libertad, hasta treinta (30) años, salvo los casos de pena indeterminada superior por razones de la gravedad extraordinaria del hecho, la reincidencia o el concurso de delitos; Ecuador²⁷, reclusión mayor hasta cuarenta (40) años; El Salvador, prisión hasta sesenta (60) años²⁸; Guatemala²⁹, prisión hasta por cincuenta (50) años, y Honduras³⁰, con reclusión hasta por veinte (20) años. Esta situación se presenta en el siguiente gráfico:

²² Tiene pena capital y pena de prisión a perpetuidad.

²³ La pena de prisión puede llegar a 30 años en el caso de concurso de delitos.

²⁴ Promulgado mediante el Decreto Supremo No 0667 de 2010, con las correcciones y agregados que se han hecho a la Ley 1768 de 1977.

²⁵ Ley 4573 de 1970.

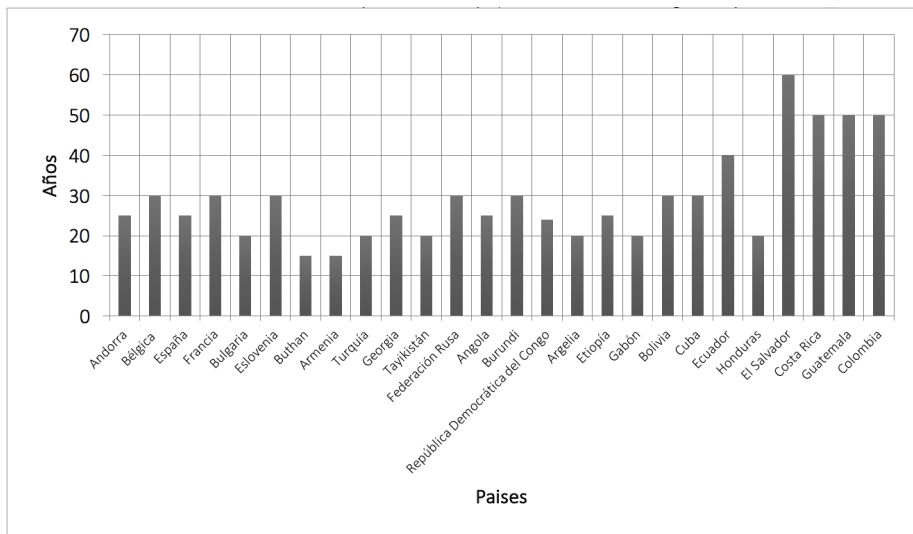
²⁶ Ley 62 de 1987. Es de anotar, además, que existe pena de muerte y prisión perpetua, pero también que la pena máxima de 30 años puede excederse en casos de circunstancias de agravación, reincidencia y concurso de delitos.

²⁷ Código Orgánico Integral Penal de 2014.

²⁸ Decreto 1030 de 1997.

²⁹ Decreto 1773 de 1973.

³⁰ Decreto 144 de 1983.

Gráfico número 3. Comparación de penas máximas en algunos países

Fuente: elaboración propia

92. Algunos de los países seleccionados tienen normas que se inscriben dentro del sistema continental europeo y algunos de ellos, también, con religión oficial perteneciente al sistema judío cristiano, de forma que sus regulaciones fundamentales conservan rasgos generales que permiten establecer algunos criterios de comparación (protección de la vida humana, castigo de conductas realizadas contra menores de edad, castigo de la pornografía, castigo del lavado de dinero, etc.).

No obstante, algunos otros códigos, como el de Bután, pertenecen al sistema del *common law*, así como al sistema religioso budista, lo que significa la criminalización de comportamientos disímiles por virtud de la tradición religiosa e, incluso, penas distintas incluyendo, en algunos casos, penas corporales.

Es importante anotar que deliberadamente se excluyó a los países con mayor proporción de personas en detención (República Popular de China y Estados Unidos de América), por considerar que tienen un sistema penal altamente represivo que otorga a la pena de prisión un valor exagerado en la configuración de la conducta social de sus habitantes.

93. Con el simple cálculo aritmético, se puede afirmar que el promedio del máximo de la pena para estos países consultados es un poco superior a veintinueve (29) años, destacando que Guatemala (50 años), Colombia (50 años, el límite legal general) y El Salvador (60 años) hacen incrementar ese promedio en casi cinco (5) puntos porcentuales, pues sin ellos el máximo de la pena tendría una duración máxima promedio un poco superior a veintitrés (24,95) años.

Se observa, así mismo, que los países de América Latina son los que tienen penas privativas de la libertad más altas, saliéndose de la línea media de todos los otros países, independientemente del continente al que pertenezcan. Esto es un llamado de alerta sobre la forma como los países de la región controlan o tratan de controlar el delito, poniendo exagerada fe en el poder preventivo general de la legislación penal, y poca atención a la efectividad de judicialización o al establecimiento de controles policiales a la realización de los delitos.

94. Comparados estos promedios con los máximos establecidos en la ley colombiana en su parte general (60 años en caso de concurso de delitos) o en su parte especial (90 años, según el artículo 188 C del Código Penal) se puede aseverar que el máximo de la pena en Colombia, de manera general, es más del doble del promedio máximo en los países que sirvieron de base a esta comparación.

95. Un interés particular reviste la existencia de la cadena perpetua y las penas corporales que existen en algunos países. Frente a estas últimas, ciertamente se presenta un conflicto con el ordenamiento jurídico colombiano, porque por razón del principio de dignidad y el fundamento del estado democrático no es posible establecer en Colombia penas corporales, que están proscritas por la legislación y la jurisprudencia, salvo algunos casos en los que se reconoce la posibilidad de aplicación de este tipo de sanciones en la jurisdicción indígena.

La pena de prisión perpetua, si bien en principio cabría establecerla como manifestación de la libertad de configuración del legislador, tiene en la mayoría de los países en los que se encuentra en vigencia, límites tanto en razón de la gravedad del hecho como en su duración. Según los primeros, la pena de prisión perpetua está reservada a los crímenes graves o de excepcional gravedad, que habitualmente corresponden a los crímenes más graves según el derecho internacional (crímenes de lesa humanidad; atentados graves e indiscriminados contra la vida de la población; genocidio, etc.).

Por lo demás, en la mayoría de los países en donde se tiene prevista la pena de prisión perpetua esta debe ser revisada por el juez al cumplirse un período similar o igual al de la máxima pena prevista para la privación limitada de la libertad, a partir del cual la jurisdicción puede poner al reo en libertad vigilada o condicional, de forma que no siempre la prisión perpetua implica el encarcelamiento de por vida del culpable, sino la necesidad de que este cumpla un período bastante largo de privación de la libertad.

96. De este ejercicio de comparación –muy simple, por cierto– se podría concluir que la fijación de la pena máxima privativa de la libertad en Colombia está en consonancia con las legislaciones de algunos países latinoamericanos –Costa Rica, El Salvador, Guatemala– pero no sigue la regla general respecto de los máximos de sanción fijados en la mayoría de los demás países, lo que es indicativo de que las penas establecidas en Colombia son exageradas frente al reproche punitivo que merecen las conductas tipificadas.

Como propuesta, frente a esta evidencia, sería razonable que Colombia abordara el estudio de los criterios de proporcionalidad de las penas, y que, en principio, pusiera límite máximo a la prisión de 30 años, con lo que aún quedaría por encima del promedio de las penas asignadas en los países objeto de la muestra.

5. PENAS Y SEGURIDAD CIUDADANA

97. En Colombia, la mayor presión que surge para la implantación del populismo penal y su correlativa expansión punitiva tiene que ver, fundamentalmente, con las pretendidas demandas de seguridad ciudadana.

Esta tesis se explica, principalmente, en el hecho de que algunas de las reformas que se han abordado en el Código Penal han sido principalmente fundamentadas en la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos, o de aumento de las penas para garantizar a la población el pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

Así, por ejemplo, la Ley 1761, conocida como Ley Rosa Elvira Cely, se justificó como una medida adecuada para “[...] visibilizar la cruda realidad de las mujeres en este país, donde son víctimas de la violencia sin que haya las sanciones sociales y penales adecuadas”, pues “las estadísticas son muy reveladoras. Entre 2007 y 2012 cada tres días asesinaron a una mujer. Ante esta situación es urgente que el Congreso tome acciones concretas”, según lo señaló en su oportunidad la senadora Gloria Inés Ramírez, autora del proyecto; la Ley 1773 (conocida como Natalia Ponce de León) pretende, según el congresista Carlos Guevara, dar “una respuesta al clamor de las víctimas que han venido manifestando que las penas no son suficientes para reparar el daño físico y moral que generan estos ataques. Es un mensaje a los agresores y a la ciudadanía en general de que estos delitos no van a quedar más en la impunidad”, y la Ley 1453 que aumentó las penas para el delito de tráfico de niños, niñas y adolescentes.

98. Apelar a las aparentes exigencias de la seguridad ciudadana, sin embargo, no legitima el uso expandido del derecho penal ni el incremento desproporcionado de las penas, en razón de que aun en estos casos el Estado debe guardar un balance adecuado entre los propósitos de asegurar a los ciudadanos una vida libre de peligros o delitos, y de garantizar a los habitantes del territorio sus derechos fundamentales y la graduación de las sanciones con criterios razonables (conformes con la Constitución), adecuados a los fines de la pena, y coherentes con las condiciones de la sociedad y los culpables de infracciones a la ley penal, pues existe una vinculación permanente entre la seguridad de las personas y los derechos humanos, máxime si se tiene en cuenta que algunos de los infractores de la ley penal están determinados por situaciones de privación de sus derechos o de limitación de sus oportunidades para acceder a las condiciones de seguridad humana de la mayoría de los habitantes.

99. El Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la OEA (2009) destaca, por ejemplo, que “los Estados deben encontrar respuestas a los problemas derivados de la violencia en el marco de las herramientas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la vigencia del Estado de Derecho como pilares básicos para la superación de la pobreza y el pleno respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas” (OEA, 2009, p. 12), por lo que las políticas de seguridad ciudadana deben ser examinadas en clave de los derechos humanos y su protección, y que se debe privilegiar el uso de mecanismos que aseguren el ejercicio pleno de los derechos humanos sobre aquellos que simplemente responden de manera simbólica a las demandas de seguridad ciudadana, o de los que no tienen eficacia real³¹.

Esta perspectiva implica que la seguridad ciudadana no puede simplemente acudir a mecanismos de represión de las conductas punibles sin tener en cuenta los efectos que dicha represión produce en las personas y la comunidad, ni afectar el derecho a la libertad de las personas sin considerar en qué casos, bajo qué condiciones, por qué conductas y con qué proporcionalidad deben ser castigados los autores de conductas que se consideran contrarias al orden social o al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

100. La obligación que tienen los Estados de adoptar medidas positivas a favor de los derechos fundamentales significa que cuando se acuda a la legislación penal para la protección de las libertades públicas es necesario asegurar que la sanción—en particular la privativa de la libertad— garantice que los comportamientos reprochables no se repetirán, para lo cual es indispensable que las sanciones se apliquen efectivamente y que quienes estén sujetos a ellas estén orientados a la reincorporación a la sociedad en condiciones que hagan viable el respeto de los derechos de los demás.

Estos lineamientos no se cumplen en el derecho colombiano. Como se demuestra en el análisis de las reformas a la ley penal y de las cifras de encarcelamiento, en nuestro país se han adelantado cincuenta y tres (53) intervenciones en el Código Penal, la mayoría de ellas para aumentar penas, incluir causales de agravación punitiva y restringir el acceso a beneficios judiciales y sistemas alternativos de ejecución de la sanción penal, pero, paradójicamente, la población penitenciaria en su gran mayoría está conformada por sujetos que han sido acusados o están condenados por apenas veintiún (21) modalidades delictivas³², de manera que una buena parte de las reformas penales no responde sino a una ideología de protección de los derechos personalísimos de los habitantes del territorio nacional.

³¹ “Sin duda la adecuada y eficaz administración de justicia por parte del Poder Judicial, y en la medida correspondiente por entes disciplinarios, tiene un rol fundamental no sólo en términos de reparación del daño causado a los afectados, sino también en términos de disminución del riesgo y el alcance del fenómeno” (OEA, 2009, p. 13).

³² Al respecto, ver *infra*, sección 6.1 de la segunda parte.

101. Dentro de la política pública de seguridad ciudadana es preciso, además, hacer diferencias por distintos motivos. Una de ellas, fundada en la gravedad del hecho, exige que dentro de los sistemas jurídicos se hagan diferencias entre las distintas categorías de delitos y que entre ellos se establezca una jerarquía determinada que permita graduar las sanciones en razón de la gravedad. En este sentido, el derecho a la vida siempre será el de más alto valor dentro de la cultura occidental de nuestra época, por lo que las penas más drásticas han de estar reservadas a las más graves violaciones del derecho a la vida, que son las que se encuentran incriminadas como delitos de carácter internacional.

Las diferencias, también, tienen que ver con la condición de las víctimas. Así, por ejemplo, es importante resaltar que las políticas de seguridad ciudadana deben prestar atención a los factores que conducen al ejercicio de la violencia contra la mujer, su discriminación y las garantías de impunidad para los delitos cometidos en su contra, de forma que, sin sacrificar la protección de las garantías judiciales y los demás derechos de la población, deben adoptarse medidas que eliminen todas las formas de violencia contra la mujer y eviten la perpetuación de los esquemas sociales de discriminación.

102. Parece obvio que la seguridad ciudadana como objetivo no puede menoscabar el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, es preciso reiterar que en búsqueda de la seguridad no se puede renunciar a criterios que permitan dotar a la legislación de una racionalidad propia y acorde con la condición humana de las personas hacia quienes va dirigida, en particular de los que deben sufrir las sanciones que como sujetos de derechos tiene unos marcos mínimos de protección en derechos sustanciales, tales como la vida, la libertad, el derecho a la reinserción social y el respeto las condiciones mínimas de subsistencia, aun en los casos en los que sean declarados culpables de un delito.

En particular, deben considerarse junto con las necesidades de defensa de los derechos de las personas, que la sanción penal es la más drástica de las respuestas que el Estado puede y debe dar a los infractores, pero que en las condiciones actuales dicha respuesta en Colombia —y en la mayoría de los países— excede los estándares internacionales por lo que significa de afectación de derechos distintos de los que pretende intervenir la pena privativa de la libertad, tales como la dignidad humana, la salud, la alimentación, la familia y otros muchos que hacen de la pena privativa de la libertad una sanción que bordea los contornos de la ilegitimidad.

103. Una pena de prisión, ejecutada en las condiciones en las que puede cumplirse en Colombia, no es más que la garantía de que las conductas delictivas se reproduzcan y de que las personas ligadas con la delincuencia sean las mismas o procedentes de los mismos estratos o sectores sociales. De esta forma, elevar las penas no protege en realidad a la población, porque subsistirán las condiciones que impulsen al delito y al ejercicio de la violencia. Más seguridad ciudadana se logra, sin duda, con una intervención integral del problema que ponga en contexto la situación y provea mayores medidas de prevención de la delincuencia.

Como dice el *Informe de Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana* de la OEA (2009):

157. Las políticas que propician el empleo de la privación de la libertad como instrumento para la disminución de los niveles de violencia y las tasas de delincuencia, más allá de lo debatible de su eficacia, han generado incrementos en la población penitenciaria. Sin embargo, la inmensa mayoría de los países de la región no contaban, ni cuentan, con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios en su sistema penitenciario para garantizar a las personas privadas de libertad un trato humano. Consecuentemente, dichos sistemas no están en condiciones de constituirse en herramientas efectivas para contribuir a la prevención de la violencia y el delito. Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con los derechos humanos directamente comprometidos en las políticas públicas de seguridad ciudadana imponen a éstos la responsabilidad de diseñar e implementar programas de adecuación de su normativa procesal-penal y de la infraestructura y asignación de recursos humanos y materiales de su sistema penitenciario, a los efectos de garantizar que la ejecución de las sanciones de privación de libertad dispuestas por la justicia competente se cumplirán respetando estrictamente los estándares internacionales en esta materia. La Comisión subraya muy especialmente que no es posible implementar planes o programas de prevención ni de efectivo control de la violencia y el delito si no se tienen en cuenta estos factores relacionados con el sistema penitenciario en el marco de la ejecución de una política pública sobre seguridad ciudadana.

104. El uso de la prisión de larga duración se ha venido entronizando en Colombia a partir de los discursos que la presentan como medida adecuada para el logro de la seguridad ciudadana, discursos que se reproducen en los distintos países de América Latina y que no se fundamentan en estudios claros sobre las causas de los delitos y las consecuencias de las penas, sino que procuran simplemente afirmar la prevalencia de distintos sectores políticos partidistas, con intereses de corto plazo y con falsas garantías de protección frente al delito y la violencia.

Uno de los recursos para la satisfacción de estos intereses está en incrementar el mínimo de las sanciones penales privativas de la libertad simplemente para asegurar que antes del juicio la persona sea enviada a prisión según están configurados los requisitos punitivos de la detención preventiva.

Esta práctica, sin embargo, no contribuye sino a incrementar el hacinamiento carcelario; a impulsar la modificación de los máximos punitivos y a afectar las condiciones de prevención contra el delito, porque a la ciudadanía se le vende la falsa idea de que la detención preventiva es suficiente para intervenir sobre los factores originarios del delito.

105. La protección que la sociedad garantiza a sí misma a través del uso del derecho penal, con todo y que puede calificarse como un interés general—y que por

consiguiente legitimaría cualquier represión, cualquier medida y cualquier contenido en el derecho penal— debe establecerse mediante el recurso a criterios de ponderación en la que las respuestas a las conductas delictivas no puedan avasallar ni limitar injustamente los derechos fundamentales del sentenciado, considerando además la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de tales comportamientos.

106. El *National Institute of Justice* (2016), fundamentado en los estudios de Daniel S. Nagin, muestra que la disuasión a través de la asignación de la pena no tiene efectos reales en la prevención del delito; y se plantea, por el contrario, que: (i) la certeza de ser capturado es mucho más efectiva en ese punto, que el castigo mismo; (ii) enviar a un criminal a la cárcel no es una manera muy efectiva para la prevención del delito; (iii) la policía logra prevenir el crimen a través del incremento de la percepción de que los criminales son efectivamente capturados; (iv) incrementar la severidad del castigo solamente previene el crimen en muy poca proporción, y (v) no hay prueba de que la pena de muerte disuada a los criminales.

107. Se puede afirmar, en consecuencia, que la política de aumentar las penas y reducir las posibilidades de excarcelación como mecanismos de prevención de la conducta delictiva se encuentran en declive, porque ni siquiera pueden defenderse a partir de la confrontación entre proporción alta de la sanción y efectiva disuasión frente al crimen, en razón de que la asignación legal de la pena no genera los efectos esperados como prevención general.

No obstante, otra suele ser la posición de las autoridades judiciales, que consideran que la efectiva imposición de la pena tiene efectos en la sensación de seguridad de la comunidad, cuando ve que los procesados (en el caso específico, una persona vinculada con la administración de justicia) regresan a su casa en detención o prisión domiciliaria, por lo que representa de “apertura a la impunidad, que de pronto estimularía a otros, en medio del desconcierto, a seguir el mal ejemplo”³³.

108. El concepto de seguridad ciudadana, ya lo dijimos, es ambiguo y en particular en América Latina se reputa de una situación en la que la comunidad reclama “la disminución de los delitos comunes, violentos, cometidos mayormente en la vía pública por varones jóvenes de barrios marginales”, al paso que en Europa y los Estados Unidos la preocupación fundamental de seguridad está relacionada con el terrorismo, el crimen organizado, los extremismos, la inmigración y la violencia juvenil (Böhm, 2016, p. 175). Pero es, también, un concepto verbalizado, esto es, que a través de las palabras —no de las situaciones sociales concretas demostradas— se crean ámbitos de inseguridad en los cuales se presenta la necesidad de intervención con acciones drásticas.

³³ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. *Auto de 28 de noviembre de 2001*. MP. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Es inevitable que en estas dos concepciones se presenten áreas secantes, por ejemplo, en cuanto a los elementos de la delincuencia juvenil y la criminalidad callejera, pero es evidente que cada uno de tales conceptos remite a distintas áreas de la actividad humana, reclama respuestas diferenciadas y, sobre todo, no admite el traslado automático y acrítico de instituciones creadas para enfrentar el terrorismo, por ejemplo, a situaciones en las que la delincuencia urbana está influida ampliamente por las situaciones de marginalidad, restricción de oportunidades y pobreza general de la sociedad.

109. No pueden equipararse, por lo tanto, la inseguridad y la sensación de inseguridad, pero tampoco las afectaciones que a la seguridad se puedan presentar al dejar o mantener en libertad a una persona capaz de atentar contra los intereses generales de la sociedad y crear víctimas múltiples e indiscriminadas, con aquellas derivadas de la delincuencia ordinaria, en la que –independientemente de que se actúe en coparticipación criminal– las afectaciones a la seguridad ciudadana vienen dadas por ataques orientados a determinadas víctimas, con riesgos controlados respecto de los demás ciudadanos, e impulsados por situaciones sociales no resueltas.

110. Quiere decir lo anterior que si bien es necesario que el Estado actúe para brindar seguridad a los habitantes de su territorio, las políticas de seguridad ciudadana deben estar basadas en evidencias sobre la existencia de dicha inseguridad real; orientadas de acuerdo con los factores que generan la inseguridad y han de acudir, en el caso colombiano, a mecanismos que controlen el crimen y la violencia en las calles, pero que no se constituyan en nuevos elementos de marginalidad y discriminación. Esto implica identificar las causas reales de la inseguridad y establecer mecanismos adecuados para combatirla, según sea su extensión, origen y alcance.

111. La seguridad ciudadana, por consiguiente, no implica la asignación de penas altas para todos los autores de conductas delictivas. Los autores de terrorismo, violencia indiscriminada, crimen organizado y extremismos fundamentalistas, deben ser perseguidos y castigados con penas elevadas, acordes con la gravedad de los actos desplegados y la condición de crímenes de conformidad con el derecho internacional; ello no significa que los hurtos, las lesiones personales y otros comportamientos propios de la delincuencia callejera tengan que ser sancionados en igual medida, pues resultaría contrario a los fines del Estado democrático, que si bien ha de castigar este tipo de actos, también está en la obligación de actuar para que los autores de estos delitos recompongan su entorno social y se integren al ejercicio de la ciudadanía.

Lo mismo sucede respecto de los crímenes ordinarios. No es lo mismo combatir el hurto callejero “esporádico” que combatir el hurto callejero de ciertas modalidades –de los llamados “fleteros”, por ejemplo– ni en cuanto a las acciones a desarrollar, ni en cuanto a las penas a imponer. Para los primeros, resultará tal vez más efectiva una medida de justicia restaurativa aplicada oportunamente, que el encarcelamiento; para los segundos, quizás la cárcel pueda ser una respuesta adecuada, pero ajustada a la gravedad de la conducta y del daño producido.

112. En consecuencia, aún dentro de las políticas de seguridad ciudadana es preciso hacer diferencias y establecer penas proporcionadas a las cambiantes manifestaciones de la inseguridad. Los criterios de proporcionalidad aquí serán, no la nuda seguridad, sino las condiciones en las que se genera la inseguridad y los actores de la misma. Una respuesta más leve y menos penal a quien delinque por primera vez, al paso que una respuesta más represiva al reincidente, y una aún más grave a quien no solamente es reincidente, sino que controla una parte importante de la seguridad ciudadana. No toda búsqueda de seguridad demanda soluciones extremas.

6. LOS CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

113. La jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado, en específico, acerca de la cantidad o de la calidad de las penas que corresponden a cada uno o a todos los comportamientos delictivos. El principio general adoptado por la Corte Constitucional en este tema, es el de la libertad de configuración del legislador, porque “Es a él a quien corresponde establecer la política criminal del Estado y en este sentido es a él a quien la Constitución le confiere la competencia para determinar cuáles conductas constituyen delitos y señalar las respectivas sanciones”³⁴, encontrando límites generales en los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad³⁵.

El principio de proporcionalidad se encuentra, así, íntimamente ligado con el concepto de política criminal que comprende la respuesta penal al fenómeno criminal³⁶ y cuya formulación compete al legislador, por virtud de los principios democrático y de soberanía popular³⁷.

114. Por su parte, como principios orientadores de la política criminal la Corte Constitucional ha mencionado: (i) de necesidad de intervención penal, que otorga carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* al derecho penal; (ii) de exclusiva protección de bienes jurídicos o valores esenciales de la sociedad; (iii) de legalidad, que comprende la taxatividad y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley desfavorable; (iv) de culpabilidad que implica la realización de un acto, la intervención de la voluntad y el grado de culpabilidad; (v) de proporcionalidad

³⁴ Ver, en ese sentido, las sentencias C-1080 de 2002 y C-198 de 1997. Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1080-02.htm>; Sentencia C-198 de 1997. MP. Fabio Morón Díaz. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-198_1997.html.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-591-93.htm>.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2001. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-646-01.htm>.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-334 de 2013. MP. Jorge Pretelt. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm>.

y razonabilidad que implica la ponderación de los derechos fundamentales de la libertad y el debido proceso con las finalidades de prevención y represión del delito, y (vi) de respeto a la Constitución y a las normas del bloque de constitucionalidad.

115. Este principio general de libertad de configuración, sin embargo, no se reconoce con alcance absoluto porque la propia Corte señala algunas limitaciones que se imponen al legislador. Algunas de ellas son explícitas previsiones de la Constitución Política, tales como la prohibición de las penas de muerte, destierro, prisión perpetua, confiscación, tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y desaparición forzada.

Otros límites se encuentran implícitos en la Carta, sustentados en los derechos fundamentales más caros para la persona humana: la libertad personal, el debido proceso, la represión del delito o la resocialización efectiva de los autores de comportamientos delictivos.

116. El principio de proporcionalidad, entonces, se encuentra referido (i) al daño social que genera la lesión del bien jurídico³⁸ tutelado en cada caso (esto en cuanto a la cantidad de pena) y no una simple intención lesiva; (ii) a la búsqueda de efectiva resocialización del autor del hecho punible (en relación con la calidad de la sanción penal) a partir de las finalidades de desestimular la criminalidad (prevención general negativa) o la reinserción de los delincuentes a la vida social (prevención especial positiva); (iii) la diferenciación entre delitos y contravenciones; (iv) la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita; (v) la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico tenga en el interés general y en el orden social; (vi) prohibición del exceso punitivo^{39 y 40}, y (vii) el grado de culpabilidad⁴¹.

117. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de proporcionalidad no está explícitamente positivizado en la Carta Política. De manera general, el principio enunciado pone en relación dos extremos para buscar una situación de equilibrio entre ellos. Estos extremos se refieren a la descripción típica y la sanción a ella asignada; daño causado y necesidad de defensa del bien jurídico; culpabilidad y pena. En el marco de la Constitución Política, el principio de proporcionalidad busca corregir los desbordes de la actividad estatal junto con los principios de unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza

³⁸ El bien jurídico tiene particular importancia para la Corte Constitucional en materia de control de la tipicidad y punibilidad de las conductas y la proporcionalidad de las sanciones, según aparece, entre otras, en la sentencia C-565 de 1993. Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. MP. Hernando Herrera Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>.

³⁹ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm>.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-591-93.htm>.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1080-02.htm>.

integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución, a fin de que el poder estatal actúe dentro de los principios del Estado social de Derecho.

La función preponderante del principio de proporcionalidad es cumplir los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. El primero, como límite al uso del poder público en contra de las libertades fundamentales; el segundo, se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

118. Otra de las consideraciones que ha hecho la Corte Constitucional sobre el principio de proporcionalidad, tiene que ver con la afirmación de que el simple desbalance entre la sanción asignada a un determinado delito y la pena fijada para otro, no es suficiente para entender violado el principio de proporcionalidad⁴².

119. En materias específicas, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la razonabilidad y la proporcionalidad. En este sentido, se pronunció sobre las agravantes que la Ley 599 (artículo 342) consagró para los delitos de concierto para delinquir y entrenamiento para actividades ilícitas cuando el sujeto activo es o ha sido miembro de la fuerza pública o de organismo de seguridad del Estado.

Al respecto señaló la Corte que los referentes de la pena tienen relación con la ponderación del daño social que genera el hecho y la culpabilidad del sujeto activo, activándose para el efecto los siguientes cuatro (4) criterios:

- (i) Desde el punto de vista de la lesividad específica el delito de concierto para delinquir tutela el bien jurídico de la seguridad pública, cuya protección ha sido confiada de manera específica a las Fuerza Pública y a los organismos de seguridad del Estado. En consecuencia, cuando una de esas conductas es cometida por un miembro activo o retirado de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado, existe una lesividad adicional. Se trata de quienes tienen o han tenido la función de garantizar la seguridad pública y proteger a la población.
- (ii) Desde el punto de la lesividad general causada, es decir, del daño social, la conducta cometida por estas personas causa un perjuicio adicional, pues además de lesionar el bien jurídico de la seguridad pública, vulnera la confianza de los individuos en una institución tan importante para la sociedad como la Fuerza Pública, lo cual tiene muy serias consecuencias en el tejido social y en el respeto por las normas jurídicas.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-213 de 1994. MP. Jorge Arango Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-213-94.htm>.

- (iii) Desde el punto de vista criminológico, la causal de agravación demandada responde a la teoría de los delitos de cuello blanco, pues se dirige a la criminalización de personas que han tenido una posición especial en la sociedad en virtud de la cual han adquirido conocimientos y destrezas especiales para proteger a la sociedad que terminan manipulando para atentar contra ésta. Desde el punto de vista político criminal, el pertenecer o haber pertenecido a las fuerzas militares puede facilitar conocimientos especiales estratégicos en el manejo de armas, estrategias y personal que generan una mayor lesividad si se utilizan para afectar los derechos de los ciudadanos.
- (iv) Finalmente, desde el punto de vista de la culpabilidad, cuando una persona tiene una posición especial en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio, la pena imponible puede ser mayor al considerarse que en algunos casos la sociedad espera más de estas personas en relación con la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico.

120. También se ha pronunciado la Corte sobre los incrementos punitivos que introdujo, para todos los tipos penales, la Ley 890, respecto de los cuales la Corte Constitucional⁴³ dijo que existen claros nexos de política criminal con la figura de los preacuerdos y negociaciones determinada en la Ley 906, pero no en lo que respecta a la figura de aceptación o allanamiento de cargos de este mismo Código, porque el margen de maniobra de la Fiscalía le otorga la facultad de señalar la cantidad de la pena a imponer, según se deduce del artículo 3 de la Ley 890 que establece que el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los que se han llevado a cabo preacuerdos entre Fiscalía y defensa. En materia de aceptación o allanamiento a cargos, por el contrario, se ha deferido al juez la dosificación de la pena conforme al artículo 61 del Código Penal, luego de lo cual, procede él mismo a la realización del descuento punitivo respectivo.⁴⁴

121. Sobre la pena asignada en la Ley 40 de 1993, la Corte Constitucional resaltó el “efecto psicológico” que puede tener una sanción en función de la protección del bien jurídico (efecto intimidatorio general o prevención general negativa) y la visibilización del reproche frente a la conducta (vigencia de la norma), cumpliendo la pena fines retributivos y de tratamiento diferencial a conductas que exigen respuestas punitivas diferentes. Señaló también la Corte que la resocialización no se compromete por la asignación de penas drásticas, pues los elementos centrales de esta son los subrogados penales y la redención de pena, que garantizan “al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en sociedad”⁴⁵.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-106 de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-106-07.htm>.

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-238-05.htm>.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. MP. Hernando Herrera Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>.

La Corte justifica el incremento exagerado de la sanción para el delito de secuestro en el tipo de delito, que equipara en gravedad al terrorismo, al narcotráfico y a los magnicidios, y en el propósito de la ley de “neutralizar, debilitar y malograr la estructura logística y la capacidad operativa de la delincuencia organizada que ha hecho del secuestro una macabra industria ilícita, así como fortalecer los sistemas de protección y de garantía a los valores, principios fundacionales y derechos más caros al Estado social de Derecho, en que por decisión del Constituyente se erige Colombia, como son los invaluable e inviolables dones de la vida y la libertad, tan seriamente amenazados por esta monstruosa modalidad criminal”, pese a que según sus mismos argumentos la modalidad del secuestro extorsivo “en promedio sólo el 12% de los casos culminan en el rescate de la víctima: el 10% de los secuestrados son asesinados y el 45% liberados tras el pago de una suma millonaria”, es decir, que la pena drástica se justificaría en la protección del derecho a la libertad y al patrimonio económico, que son los bienes jurídicos mayormente violados con este comportamiento, según las estadísticas.

122. En materia de la sanción pecuniaria, la Corte, mediante sentencia C-194 de 2005⁴⁶, estableció una relación de proporcionalidad entre la capacidad de pago del infractor y la multa como sanción, al afirmar que “es posible concluir, en primer lugar, que el Estado ha dispuesto mecanismos adecuados y pertinentes para calcular el monto de la multa de conformidad con la condición económica y personal del condenado. En segundo término, la Corte concluye que cuando la capacidad económica del condenado es mínima o inexistente, el sistema jurídico ofrece una alternativa económica, consistente en la posibilidad de prorrogar el pago mientras el obligado encuentra los medios para cancelarla, y una alternativa no económica, que consiste en la posibilidad de conmutar la obligación de dar por una obligación de hacer, consistente en el desarrollo de actividades de naturaleza e interés sociales. Lo anterior implica 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. Lo anterior también significa que el procedimiento de tasación de la multa no es irreflexivo, sino que, por el contrario, requiere de una justificación suficiente que explique las razones por las cuales, teniendo en cuenta las condiciones del procesado, se impone una suma determinada de dinero y no otra”.

Esto, sin embargo, se refiere a la proporcionalidad de la sanción respecto del sujeto que debe purgarla, mas no respecto del delito que la trae como consecuencia punitiva, de forma que no se extracta de esta posición un criterio de proporcionalidad en materia de otras penas no económicas.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-194-05.htm>.

123. La Corte Constitucional, en sentencia C-762 de 2002, al controlar la Ley 733 de 2002, estableció que “el Estado, como titular del *ius puniendi*, es el llamado a fijar los lineamientos de la política que en materia criminal ha de aplicarse para posibilitar la convivencia pacífica en sociedad y para asegurar la defensa de los valores, derechos y garantías ciudadanas, tomando como referente válido las circunstancias históricas del momento y las diversas situaciones de orden coyuntural que se generan al interior de la comunidad, atribuibles a una dinámica social, política, económica e incluso cultural de permanente cambio y evolución”, política criminal que se debe desarrollar a través del procedimiento democrático de construcción de las leyes, sometido a límites que se derivan de la Constitución Política, uno de los cuales es el principio de ultima ratio del derecho penal.

En este sentido, para la Corte es desproporcionado –y, por tanto, contrario a la Carta– que el legislador imponga penas prohibidas constitucionalmente, o que “excusándose en la protección de determinados bienes jurídicos, decidiera restringir, suspender o hacer nugatorias alguna de las garantías constitucionales –sustanciales o formales– derivadas del derecho al debido proceso (C.P. arts. 29 y sig.)”, lo que la lleva a determinar como referentes del principio de proporcionalidad de las sanciones penales la obligación de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales que consagra la Constitución, consultando la fenomenología social y el perjuicio que algunas conductas puedan causar a la comunidad, a condición de que no se desconozca el núcleo esencial de tales derechos y que las medidas sean “razonables y proporcionales al fin perseguido por el legislador”.

Bajo ese argumento, la Corte consideró que la penalización de la fuga de presos en la modalidad culposa predicada de los empleados encargados de la custodia y vigilancia de las personas comprometidas con delitos graves –terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, desaparición forzada, tortura, concierto para delinquir, extorsión, narcotráfico, enriquecimiento ilícito y lavado de activos– resultaba proporcional al fin perseguido por el legislador: la protección de los derechos a la vida, a la libertad, a la dignidad, a la tranquilidad y la paz social, en razón de las frecuentes fugas que de este tipo de personas se venían presentando, y la impunidad que rodeaba este tipo de comportamientos.

SEGUNDA PARTE HALLAZGOS

124. En la segunda parte de este documento se presentan los resultados de la investigación realizada en torno, principalmente, a la legislación penal colombiana. Estos se reparten en tres grupos claramente diferenciables. En primer lugar, se presenta la descripción y el análisis de las reformas que se le han introducido a la parte especial del Código Penal, es decir, al segundo libro de la Ley 599 de 2000, que contiene el catálogo de conductas punibles, así como las penas asignadas como reacción a cada una de estas. En segundo lugar, luego de la presentación de las reformas, se desarrolla un análisis que busca mostrar cuáles han sido los impactos más significativos, en materia de proporcionalidad de las penas, que se derivan de las reformas legislativas. Por último, se presenta un breve análisis, ya no de la criminalización primaria, sino de la terciaria, con el que se trata de indagar el vínculo de las reformas penales con la composición de la población penitenciaria en el país.

1. SITUACIÓN GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL

125. En Colombia la modificación del Código Penal ha sido un punto en la agenda de todas las legislaturas desde el 2001, año en que la nueva codificación penal entró en vigencia. Sin entrar en los detalles de los proyectos de ley que no lograron consolidarse como leyes de la República, el libro II del Código Penal, que contiene el catálogo de conductas punibles, ha sido reformado en cincuenta y tres (53) ocasiones por leyes ordinarias y hasta la fecha, 6 de estas reformas han sido declaradas inexecutable. Así mismo, el Gobierno Nacional lo ha modificado siete veces a través de decretos, seis de ellos en el marco de estado de excepción.

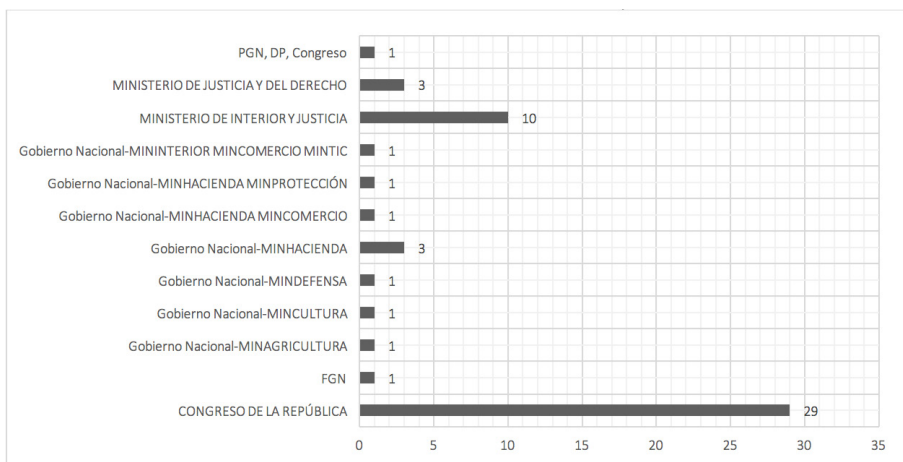
Tabla número 1. Leyes ordinarias que modifican la parte especial del Código Penal

2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
679	733	813	882	964	1028	1142	1200	1273	1393	1453	1520	1675	1719	1752	1773
	738		890	985	1032	1154	1220	1288	1426	1474	1542	1696	1709	1761	1774
	747			975	1098	1181	1236	1309		1482		1639		1762	1778
	759				1111		1257	1311		1445					
	777				1121			1326							
	788							1329							
								1336							
								1356							
								1357							
1	6	1	2	3	5	3	4	9	2	4	2	3	2	3	3
53															

Fuente: elaboración propia

En cuanto a los actores involucrados, las iniciativas de las reformas tienen origen en el Congreso de la República a través de partidos y coaliciones entre los mismos, el Gobierno Nacional y en instituciones diferentes a las pertenecientes a la rama legislativa y ejecutiva del poder público.

Gráfico número 4. Distribución de las reformas por actores



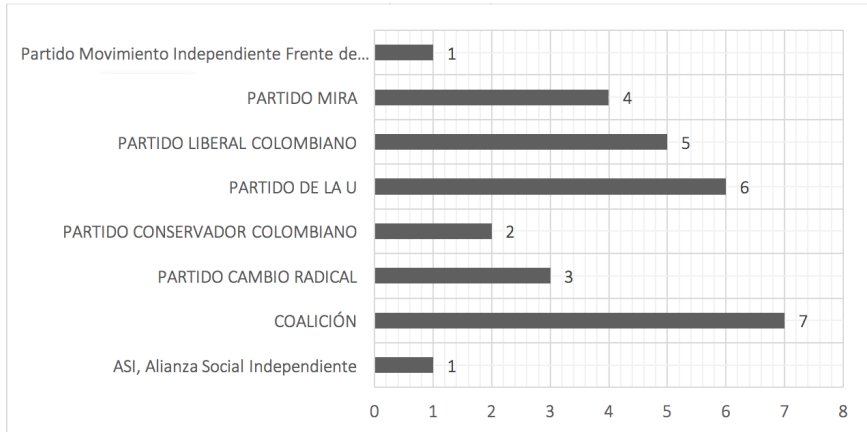
Fuente: elaboración propia

De acuerdo con la tabla anterior, de las cincuenta y tres (53) leyes que han modificado el Libro II del Código Penal, veintinueve (29) han sido de iniciativa del Congreso de la República, mientras que veintidós (22) han sido promovidas por el Gobierno Nacional a través de sus diferentes ministerios, dentro de los que se destacan, por el número de reformas introducidas, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Hacienda. En cuanto otros autores de este tipo de reformas, se registra la participación de la Fiscalía General de la Nación, con la Ley 890 de 2004, y el trabajo conjunto de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y el Congreso de la República, con la iniciativa legislativa que posteriormente desembocó en la Ley 1098 de 2006, que modificó las circunstancias de agravación punitiva de los delitos de lesiones personales (art. 119 CP)¹.

En el caso del Congreso de la República, las veintinueve (29) leyes que han modificado el Libro II del Código Penal se distribuyen, teniendo en cuenta la afiliación partidista de los autores de las iniciativas, de la siguiente manera:

¹ Para mayor detalle ver el anexo 1.

Gráfico número 5. Distribución por partidos de las iniciativas del Congreso de la República (2001-2016)



Fuente: elaboración propia

En materia de reformas, el partido político con mayor actividad ha sido el Partido de la U, con 6 iniciativas que se concentran en dos (2) años: en el 2007, dos (2) de estas², y en el 2009 las cuatro (4) restantes³. También se registra la creación de seis (6) leyes modificatorias del Código Penal, presentadas por coaliciones de partidos, en temas relacionados con violencia y discriminación contra las mujeres, conducción bajo la influencia de sustancias y maltrato animal:

Tabla número 2. Descripción de leyes con presentación conjunta (2008-2016)

LEY	AÑO	DESCRIPCIÓN	PROPONENTES
1257	2008	Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.	HHSS. Gloria Inés Ramírez, Zulema Jattin, Miriam Paredes, Piedad Zucardi, Gina Parody, Piedad Córdoba, Dilian Francisca Toro, Adriana Gutiérrez, Nancy Patricia Gutiérrez, Cecilia López, Martha Lucía Ramírez, Liliana Rendón, Sandra Ceballos, Alexandra Moreno, Luis Carlos Avellaneda, Miguel Pinedo Vidal, Dieb Maloof, Germán Aguirre, Wilson Borja y Armando Benedetti.

² Leyes 1154 y 1181 de 2007.

³ Leyes 1311, 1329, 1336 y 1356 de 2009.

1542	2012	Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.	Bancada femenina en el Congreso de la República: Alexandra Moreno Piraquive, Marta Cecilia Ramírez, Claudia Marcela Amaya, Gloria Stella Ortiz, Yolanda Duque Naranjo, Rosmery Martínez Rosales, Mercedes Márquez, Ángela María Robledo Gómez, Esmeralda Sarria Villa, Sandra Elena Villadiego, Arleth Casado de López, Daira de Jesús Galvis, Nora María García Burgos, Miriam Paredes Aguirre, Gloria Inés Ramírez, Teresita Romero García, Maritza Martínez Aristizábal, Piedad Zucardi de García, Dilian Francisca Toro, Nancy Castillo García.
1696	2013	Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas.	H.S Marco Aníbal Avirama, Carlos Alberto Baena, Germán Carlosama López, Juan Manuel Corzo, Carlos Ferro Solanilla, Daira Galvis Méndez, Jorge Eliecer Guevara, Hemel Hurtado Angulo, Camilo Romero, Jhon Sudarsky, Luis Fernando Velasco, H.R Gloria Stella Díaz Ortiz.
1719	2014	Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.	H.R Ángela María Robledo, Iván Cepeda, Guillermo Rivera, Germán Navas, Nancy Denise Castillo García, Hernando Hernández, Alba Luz Pinilla, Carlos Amaya, Wilson Arias, H.S Jorge Enrique Robledo, Gloria Inés Ramírez, Mauricio Ospina, Parmenio Cuéllar, Luis Carlos Avellaneda, Alexander López, Gloria Stella Díaz, Alfonso Prada, Gilma Jiménez, Jorge Londoño, Félix Varela, Iván Name, John Sudarsky.
1761	2015	Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)	H.S. Gloria Inés Ramírez Ríos, Arleth Patricia Casado de López, Nhora María García Burgos, Teresita García Romero, Karime Mota y Morad, H.R: Nancy Denise Castillo García, Yolanda Duque Naranjo, Martha Cecilia Ramírez Orrego.
1774	2016	Por medio de la cual se modifican el código civil, la ley 84 de 1989, el Código Penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones	H.R. –Juan Carlos Lozada Vargas, H.R. –Mauricio Salazar Peláez.

Fuente: elaboración propia

126. Ahora, al considerar la forma como se distribuyen las reformas penales durante los años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, es evidente que estas son un tema constante en la agenda de discusión legislativa. Por ejemplo, en el gráfico número 6 se puede notar que no existe un año, desde el 2001 hasta el presente, en el que no se haya creado una nueva ley penal (línea amarilla).

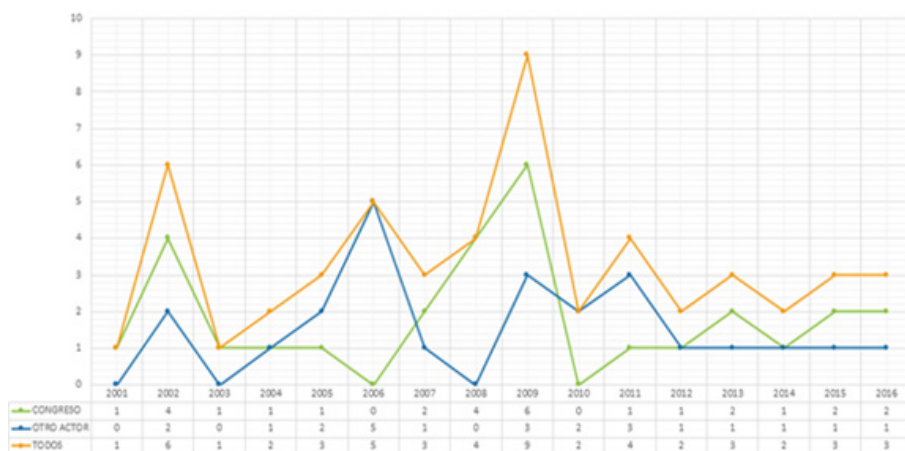
Además, en solo dos ocasiones (2006 y 2010) la iniciativa de reforma no tuvo origen en el Congreso de la República (línea verde). En el caso de los otros actores, donde el Gobierno Nacional es el protagonista, son tres ocasiones (2001, 2003 y

2008) en las que no se han creado leyes por iniciativa de estos (línea azul). En todo caso, en cada año se ha creado como mínimo una nueva ley penal, con algunos picos que merecen una observación con mayor detenimiento.

El punto más alto de producción normativa en materia de reformas al catálogo de delitos y penas en el Código Penal se registró en el 2009, con nueve (9) reformas; le sigue el 2002, con seis (6); luego el 2006, con cinco (5) y, finalmente, el 2011, con cuatro (4).

Si se analiza el cúmulo de reformas por lustros, se tiene que en el periodo inicial (2000-2005) se presenta el primer pico de seis (6) reformas a solo dos años de entrada en vigencia del Código Penal⁴; en el segundo lustro (2006-2010) se registran dos picos de reformas, siendo el del 2009 el más significativo; en el tercer periodo (2011-2015) el punto máximo se registra al inicio de este, con cuatro (4) reformas ese año; finalmente, en el inicio de este nuevo lustro (2016), aunque no se pueden constatar picos de reformas, al cierre del primer semestre del año ya se han creado tres (3) nuevas leyes penales.

Gráfico número 6. Desarrollo de las reformas del Código Penal (2001-2016), comparando las iniciativas por actores



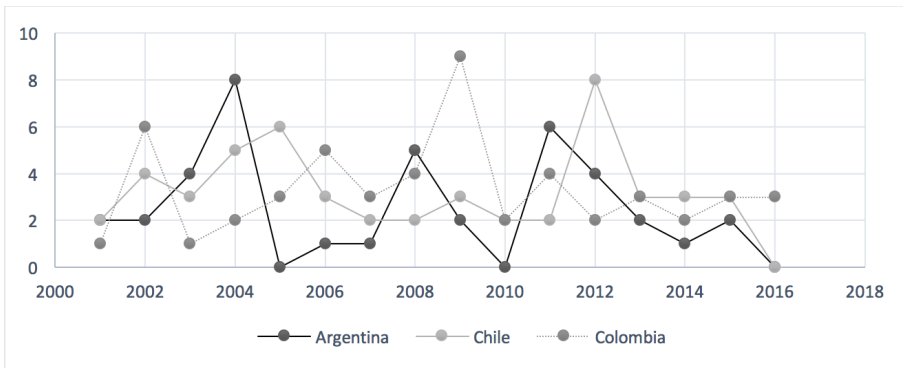
Fuente: elaboración propia

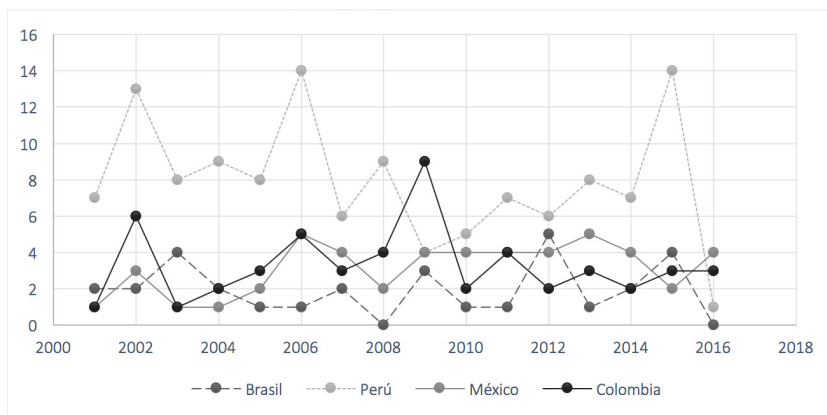
127. La situación del país, de otra parte, no resulta excepcional si se compara con otros países. En los gráficos que vienen a continuación, Colombia se comparó con tres (3) grupos y se pudo establecer que el promedio del país, de tres coma

⁴ Es importante, además, llamar la atención de que al año siguiente de la entrada en vigencia del nuevo código penal, este ya tenía su primera reforma con la Ley 679 de 2001. Solo 80 leyes ordinarias separan a la Ley 599 de 2000 de su primera reforma.

tres (3,3) reformas por año es relativamente alto, aunque no muy distante de lo que sucede en la región. Comparados en un periodo de 2001 al presente, es decir lo que lleva vigente el código colombiano, los registros más bajos se encuentran en Brasil y en España, con dieciséis (16) reformas, con la particularidad que este último registra seis (6) años en los que no se han creado leyes modificatorias, con lo cual el promedio de reforma es de una coma veinticinco (1,25) leyes por año. Los registros más altos son los del Perú y Alemania, con un promedio de reforma de siete coma ocho (7,8) y cinco coma uno (5,1) leyes por año. Al igual que Colombia estos dos países no han dejado pasar un año, desde el 2001, en el que no se haya creado una ley penal.

Gráfico número 7. Comparación de reformas penales con otros países





Fuente: elaboración propia

128. De este panorama general, podemos destacar que la política penal en el país es impulsada preferentemente por el Congreso de la República con el 54,71% de las iniciativas legislativas y el Gobierno Nacional, quien es autor del 41,50% de las propuestas de leyes penales. Desde este punto de vista, en un país en donde la política criminal se construye y maneja a partir, preferencialmente de las leyes penales, se puede colegir también que la política criminal está dirigida por estas dos ramas del poder público y poca injerencia tienen otros organismos o la iniciativa popular que, en todo caso, podríamos considerar refundida en el ejercicio de la actividad parlamentaria, suponiendo que los representantes a la cámara y senadores actúen en desarrollo de un mandato democrático manifestado en el voto que los apoya, aspecto que no es materia de este trabajo.

Igualmente se concluye que, según ha sido el número de reformas introducidas al Código Penal expedido mediante la Ley 599 de 2000, el comportamiento del legislativo colombiano no dista mucho de lo que ocurre en otros países en materia penal, bien comparando la situación con países de la región, o con países europeos y, por encontrarse en la media de lo que ocurre en otras naciones, no debería alarmar, por sí misma, esta actividad del Congreso. Sin embargo, hemos de aclarar que en este trabajo no se hace el análisis de los objetivos de las reformas en otros países, de manera que no podemos concluir si, al igual que ocurre en Colombia, la actividad legislativa está igualmente orientada al aumento de las penas.

2. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

Para continuar con la exposición del tema, a continuación se presenta una descripción general de las modificaciones realizadas a la parte especial del Código Penal. Para ello, se presentan cuatro (4) periodos que en esta ocasión se distribuyeron por lustros, con lo cual se tienen tres (3) con el mismo rango de tiempo y, al final, un (1) periodo conformado por solo un (1) año, que corresponde al actual.

El análisis de cada momento se compone de tres partes. En primer lugar, una presentación exhaustiva del tipo de reformas que se introdujeron en el periodo en cada uno de los títulos que componen la parte especial del Código Penal. En segundo lugar, un análisis de la ley con mayor relevancia para el periodo. Por último, una síntesis parcial que recoge algunos elementos significativos en torno a la proporcionalidad de las penas.

2.1. PRIMER MOMENTO: 2000-2005

129. En el primer lustro se crearon trece (13) leyes que modificaron el catálogo de delitos introduciendo reformas a las hipótesis punibles –elementos de los tipos– y a los ámbitos punitivos. Así mismo, se introdujeron nuevas conductas punibles y se presentó una de las primeras intervenciones de amplio espectro en la parte especial, que consistió en el aumento generalizado de todas las penas del Código Penal. En la tabla que viene a continuación se encuentra el resumen de las leyes ordinarias que se crearon en los primeros cinco (5) años de vigencia de la Ley 599 de 2000.

Tabla número 3. Leyes que modifican la parte especial del Código Penal, 2000-2005⁵⁶

LEY	DESCRIPCIÓN GENERAL	ESTADO
679 de 2001	Creación pornografía infantil y turismo sexual con menores	Modificación vigente
733 de 2002	Modificación del secuestro, terrorismo y extorsión	Modificación vigente
738 de 2002	Creación del delito de comercialización de autopartes	Inexequible, C-205/03 ⁵
747 de 2002	Creación del tipo de trata de personas	No vigente en lo concerniente a la derogación del tipo penal de turismo sexual
759 de 2002	Creación de tipos penales relacionados con Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal.	Modificación vigente
777 de 2002	Modificación del tráfico de moneda falsificada.	Aparte inciso del art. 274 declarado inexequible C-622/03 ⁶

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-205-03.htm>.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-622-03.htm>.

788 de 2002	Modificaciones y creaciones de tipos penales relacionados con el contrabando	Exequibles todas las modificaciones relacionadas con el contrabando, C-1114 de 2003 ⁷ y C-776 de 2003 ⁸
813 de 2003	Modificación del hurto calificado, la falsedad marcaría y la receptación	Vigentes todas las modificaciones
882 de 2004	Modificación de la violencia intrafamiliar.	Exequible, C- 674 de 2005 ⁹
890 de 2004	Modificación integral del Código Penal. Aumento general de todas las penas de la parte especial.	Art. 4, 5 Exequibles, C-823 de 2005 ¹⁰ y 194 de 2005. Art 7 Exequible C-249 de 2014 ¹¹ . Art 12 Inexequible C-897 de 2005 ¹² . Art 13 condicionalmente exequible, extendido a parejas del mismo sexo C-029 de 2009 ¹³ . Art 15. Exequible C-238 de 2005 ¹⁴ . Norma vigente
964 de 2005	Sustitución de los términos “Registro Nacional de Valores”, y “Registro Nacional de Valores e Intermediarios” de los artículos 258 y 317 de la Ley 599 de 2000 por el término “Registro Nacional de Valores y Emisores” (utilización indebida de información privilegiada y manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro de valores).	Modificación vigente
975 de 2005	Ley de Justicia y Paz, modificó el delito de sedición para introducir una nueva hipótesis delictiva	Inexequible la parte que modifica el Libro II del CP, C-370/06 ¹⁵
985 de 2005	Modificación del delito de trata de personas.	Modificación vigente

Fuente: elaboración propia⁷⁸⁹¹⁰¹¹¹²¹³¹⁴¹⁵

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1114 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-1114-03.htm>.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-776-03.htm>.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-674-05.htm>.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-823 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-823-05.htm>.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-239_1914.html#inicio.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-897 de 2005. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-897-05.htm>.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-238-05.htm>.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MMPP. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en:

Luego de revisar las leyes relacionadas en la tabla anterior, la intervención distribuida de acuerdo con los títulos del Libro II del Código Penal es la siguiente:

Tabla número 4. Distribución de las reformas de acuerdo a los títulos CP, 2000-2005

LEY	TÍTULO PARTE ESPECIAL									TOTAL
	III	IV	VI	VII	IX	X	XII	XVI	XVIII	
679 de 2001		x								1
733 de 2002	x			x		x	x	x		5
738 de 2002								x		1
747 de 2002	x	x	x			x				4
759 de 2002							x			1
777 de 2002					x					1
788 de 2002						x				1
813 de 2003				x	x			x		3
882 de 2004			x							1
890 de 2004			x					x		2
964 de 2005				x		x				2
975 de 2005									x	1
985 de 2005	x									1
TOTAL	3	2	3	3	2	4	2	4	1	

Fuente: Elaboración propia

De acuerdo con la tabla anterior, la intervención en el primer lustro afectó los bienes jurídicos de la libertad personal (III)¹⁶, la integridad y formación sexuales (IV), la familia (VI), el patrimonio económico (VII), la fe pública (IX), el orden económico social (X), la seguridad pública (XII), la administración de justicia (XVI) y el régimen constitucional y legal (XVIII).

Para efectos expositivos, la descripción de las reformas no se realiza por cada una de las leyes que integran el periodo, sino en los nueve (9) títulos que fueron intervenidos en esta oportunidad. Así, las leyes que intervinieron más de uno (1) de estos será mencionada en la descripción de cada uno de los títulos intervenidos, como es el caso de la Ley 733 de 2002 que, un año después de entrar en vigencia el Código Penal, realizó modificaciones en cinco (5) de estos.

2.1.1. Intervenciones en los delitos contra la libertad individual y otras garantías: Leyes 733 y 747 de 2002 y 985 de 2005

130. De acuerdo con los argumentos en la discusión legislativa de la primera de estas normas –Ley 733– se presentaron dos motivaciones centrales para su

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>.

¹⁶ El número romano corresponde con la ubicación que tiene el bien jurídico, de acuerdo con la organización jerárquica que tienen los títulos en el libro segundo del código penal.

creación: i) el deber estatal de afrontar la escalada de la comisión de delitos de talante pluriofensivo, siendo el caso el delito de secuestro junto con el de extorsión, vulneradores de derechos fundamentales tales como la vida, la libertad individual (en sus dimensiones de libertad de circulación y el libre desarrollo de la personalidad), la dignidad del hombre, la seguridad, la familia, la intimidad, el trabajo, la participación ciudadana y la paz; ii) el cumplimiento de la función de prevención general de la pena en su arista de disuasión de la comisión de delitos contra la libertad personal, logrado especialmente a través del aumento punitivo de los mencionados delitos (Gaceta 380 del 2000, Cámara)¹⁷.

No obstante, cabe aclarar que los incrementos se surtieron en mayor proporción respecto a las penas mínimas, mientras que el quantum de las penas máximas fue modificado en proporciones más leves (Gaceta 247 de 2001, Cámara). También es de destacar que, durante el segundo debate en el Senado, se planteó la existencia de un amplio margen de diferencia entre los delitos cometidos y los delitos investigados, judicializados y efectivamente sancionados, situación que no es analizada a fondo ni integrada a la medida propuesta, la cual sólo prevé una modificación en la criminalización primaria (Gaceta 628 de 2001, Senado).

En cuanto al contenido concreto de la reforma introducida por esta ley, en primer término, se realizó un aumento punitivo en el tipo de secuestro simple (art. 168 CP), teniendo en cuenta que la Ley 599 de 2000 establecía para la pena de prisión, una duración de diez (10) a veinte (20) años. En principio, la reforma señalaba un aumento punitivo de doce (12) a veinticinco (25) años (Gaceta 247 de 2001, Cámara), que, sin embargo, se decidió descartar para mantener la pena máxima consagrada en el artículo 168 de la Ley 599, correspondiente a veinte (20) años de prisión. Así, la ley exclusivamente modificó la pena mínima, aumentándola en dos (2) años (Gaceta 67 de 2002, Senado). Tal aumento implicó un incremento en el veinte por ciento (20%) del quantum mínimo establecido inicialmente en la Ley 599. Actualmente tiene una pena de prisión de dieciséis (16) a treinta (30) años.

También, a través de la misma ley se presenta el primer aumento punitivo del secuestro extorsivo (art. 169 CP)¹⁸. La Ley 599 de 2000 establecía para este delito la pena de prisión de dieciocho (18) a veintiocho (28) años. Inicialmente se planteó un incremento que oscilaba entre los veinticinco (25) y treinta y cinco (35) años de prisión (Gaceta 380 de 2000, Cámara). Sin embargo, al igual que el anterior tipo penal la reforma únicamente varió el quantum mínimo, de modo que la pena finalmente

¹⁷ Para aportar mayores argumentos en la revisión que aquí se propone, se revisaron los antecedentes legislativos de las leyes que reforman el código penal. Así, se citarán algunos ejemplares de la Gaceta del Congreso, identificada por su respectivo número, año de publicación y corporación involucrada. En el anexo número 1 se puede consultar un cuadro general con la información de las gacetas que conforman los antecedentes legislativos que han modificado la Ley 599 de 2009.

¹⁸ En el 2005 y en el 2008 hay otros aumentos punitivos.

establecida oscilaba entre los veinte (20) y veintiocho (28) años. Esto implicó un aumento de once coma once por ciento (11,11%) en el quantum mínimo establecido inicialmente. Cabe señalar que el tipo penal de secuestro extorsivo actualmente tiene una pena de prisión de veintiséis coma sesenta y seis (26.66) a cuarenta y dos (42) años.

131. Las circunstancias de agravación punitiva de los secuestros (art. 170 CP), simple y extorsivo, se modifican por primera vez con esta ley. En relación con esta modificación es importante resaltar que a partir de la Ley 733 de 2002 la forma agravada del secuestro se extendió también al delito de secuestro simple, exceptuando el numeral once (11)¹⁹. Además de ello, se produjo una ampliación de las circunstancias de agravación punitiva, dado que el tipo se extendió a dieciséis (16) circunstancias, es decir cinco (5) adicionales en relación con la Ley 599 de 2000, concernientes a: i) el sometimiento de la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanece secuestrada (numeral 2); ii) cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevenga a la víctima la muerte o lesiones personales (numeral 10); iii) la conducta sea cometida utilizando orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla (numeral 12); iv) la conducta sea cometida total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad (numeral 13); v) la conducta sea cometida parcialmente en el extranjero (numeral 14) (Gaceta 469 de 2000, Cámara; Gaceta 67 de 2002, Senado).

Además de lo anterior también se introdujeron modificaciones a causales previamente existentes (art. 170 CP), a saber: i) el numeral 1° que preveía la agravación punitiva del secuestro extorsivo cuando el sujeto pasivo fuese un menor de dieciocho (18) años, es extendido igualmente a la conducta cometida sobre persona mayor de sesenta y cinco (65) años; ii) así mismo se adiciona otro sujeto pasivo al numeral 11 del art. 170, siendo el delito agravado si se comete en persona que sea o haya sido candidato a cargo de elección popular, en razón de ello, o que sea o hubiere sido servidor público y por razón de sus funciones; iii) por último, se establece que será agravado el secuestro que se comete sobre persona internacionalmente protegida diferente o no en el Derecho Internacional Humanitario y agentes diplomáticos, de las señaladas en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia (numeral 16, art. 170 CP), con lo cual se amplía el espectro de protección otorgado por el legislador en torno a las personas internacionalmente protegidas y a los agentes diplomáticos, puesto que la redacción anterior a la reforma sólo hacía alusión a aquellas personas distintas a las referidas en el Título II del Libro II del Código Penal.

¹⁹ Ley 599 de 2000, Art. 170, numeral 11. Si se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, sindical, político, étnico o religioso, o candidato a cargo de elección popular, en razón de ello, o que sea o hubiere sido servidor público y por razón de sus funciones.

132. Por último, a través de la Ley 733 de 2002 se derogó el delito de celebración indebida de contratos de seguros (art. 172 CP); aunque es importante aclarar que inicialmente se había propuesto un aumento punitivo del tipo penal, pasando de dos (2) y cuatro (4) años a tres (3) y cinco (5) años en la pena mínima y máxima respectivamente, y la inserción de una nueva hipótesis delictiva que reprochaba con mayor severidad la conducta cuando el sujeto activo fuera servidor público e interviniera en la celebración de un contrato que asegurase el pago del rescate de un posible secuestro, o en la negociación o intermediación del rescate pedido por un secuestrado (Gaceta 380 de 2000, Cámara). Sin embargo, finalmente se optó por derogar el tipo sin que se registre la motivación en los documentos que dan cuenta del trámite legislativo (Gaceta 342 de 2001, Cámara).

133. En un segundo momento se introdujeron nuevas modificaciones al Título III a través de la expedición de la Ley 747 de 2002, norma que tenía como respaldo la preocupación social ante el aumento notorio en la trata de personas, tanto a nivel nacional como en el escenario mundial, tal como lo evidencian las cifras presentadas ante el Congreso provenientes de fuentes gubernamentales y de instituciones privadas –especialmente ONG’s dirigidas al apoyo de las víctimas de tráfico de personas– (Gaceta 113 de 2001, Cámara).

Con esta ley se modificó el delito de tráfico de migrantes (art. 188 CP), ampliando el espectro del tipo penal con la introducción del verbo rector “financie”. En relación con esta adición en el primer debate ante el Senado se expuso la necesidad de atacar las grandes mafias que aportan recursos para la comisión del delito; con el nuevo elemento en el tipo penal se buscó dar un golpe al crimen organizado para atrapar a los cabecillas de las organizaciones criminales que promueven el tráfico de migrantes (Gaceta 210 de 2002, Senado).

134. A través de la misma ley se derogó el art. 215 CP que contemplaba el delito de trata de personas, con el propósito de ubicarlo sistemáticamente en el Título III sobre protección a la libertad individual y otras garantías, con la creación de un nuevo artículo. (188-A) junto con las cuatro circunstancias de agravación punitiva (art. 188-B). Esta reubicación tuvo fundamento en que las conductas constitutivas de este delito no se limitan a la vulneración de la libertad sexual mediante el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual –trata de blancas–, sino que se extiende a situaciones que atentan contra la libertad de la persona, entre otras, la servidumbre, la esclavitud, la mendicidad, los trabajos forzados y el matrimonio servil. Aunado a ello, en sede de Cámara fue objeto de discusión el principio de proporcionalidad de la pena de acuerdo con su gravedad, siendo inadmisibles que el delito de tráfico de estupefacientes²⁰ tuviera una pena mayor que el delito de

²⁰ Para ese entonces el tipo penal de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376, CP) contaba con una pena general de 8 a 20 años de prisión, sin perjuicio de los montos más reducidos de sanción según la cantidad y clase de droga incautada.

trata de personas, cuando en el segundo tipo penal está en juego directamente la libertad de la persona, mientras el primero busca la protección de la salud pública a través de la prohibición del tráfico de un objeto material determinado (Gaceta 113 de 2001, Cámara). A pesar de este planteamiento, la pena fijada osciló entre los diez (10) y quince (15) años de prisión.

135. Al final del mismo periodo se creó la Ley 985 de 2005, con la que se presentó no solo un aumento punitivo, sino también la modificación de la estructura del tipo de trata de personas, intervenciones legislativas que responden, de una lado, a la gravedad del delito en tanto forma moderna de esclavitud atentatoria de múltiples derechos humanos –dignidad humana, libertad individual, libre desarrollo de la personalidad, derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, a la seguridad social, el acceso a la salud, a la educación, a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, a gozar de una familia, el derecho a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, entre otros–. De otro lado, la medida fue producto de la necesidad de cumplir con la función de prevención general del derecho penal, debido a que el delito de trata de personas para ese entonces ocupaba el tercer lugar en cuanto a rentabilidad a través de la transacción con seres humanos (Gaceta 410 de 2004, Senado)²¹.

En cuanto a las modificaciones particulares que se realizaron con esta ley al tipo de trata de personas, se produjo un aumento punitivo y una reforma en la estructura del tipo. Con relación al primero, como se expuso previamente, la Ley 747 de 2002 había establecido una pena de prisión de diez (10) a quince (15) años, la cual vuelve a ser aumentada por la 985 fijando una pena de trece (13) veintitrés (23) años. Esto quiere decir que en este periodo la pena creada por la Ley 747 de 2002 aumentó un treinta por ciento (30%) en el quantum mínimo y un cincuenta y tres por ciento (53%) en la pena máxima. Es imperioso recalcar que en principio la creación de la Ley 985 de 2005 respondía a la necesidad de intervenir la problemática de trata de personas a partir de medidas que trascendiesen la mera actividad punitiva del Estado, tales como la prevención y la atención a víctimas de este delito (Gaceta 410 de 2004, Senado); tras el devenir del debate legislativo se fijó una nueva pena de prisión para el delito (Gaceta 556 de 2004, Senado), sanción que sigue vigente en la actualidad.

Respecto a la reforma en la estructura del tipo penal de trata de personas su variación se debió a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, particularmente en lo concerniente a la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra

²¹ Le precedían, según se registra en la discusión legislativa, el tráfico de armas y el de estupefacientes: “El tráfico o trata de personas se ha convertido en el tercer delito más lucrativo a nivel mundial después del tráfico de drogas y de armas. Cada año más de 700 mil mujeres, hombres y niños son víctimas del tráfico de personas en el mundo” (Gaceta 410 de 2004, Senado).

la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²².

En primer lugar, cabe advertir que al acogerse la definición de trata de personas estipulada por las Naciones Unidas se excluyó del ordenamiento penal colombiano el verbo rector “raptar”, en tanto se consideraba que su inclusión era más idónea en el tipo penal de secuestro, sin que al final se llegase a modificar este último (Gaceta 556 de 2004, Senado). En segundo término, se decidió eliminar la expresión “con el propósito de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona”, debido a que esta proposición no está incluida en el Protocolo y además su inserción resulta redundante en relación con la alusión a los “fines de explotación”.

En tercera instancia, se perseveró en la inclusión de la explotación de la mendicidad como modalidad del delito de trata de personas, siempre que se realice una de las conductas señaladas en el primer inciso del art. 188-A con el fin de explotar la mendicidad ajena (Gaceta 653 de 2004, Senado). En cuarto término, se propuso la inclusión de los verbos rectores “transportar”, “trasladar”, “inducir”, “constreñir”, “facilitar”, “financiar”, “colaborar” y “promover”—de los cuales únicamente el primero de ellos es contemplado por el Protocolo—, siendo sólo avalada la incorporación del verbo “trasladar”, decisión catalogada como suficiente en el entendido de que es sinónimo de “transportar”; además los restantes verbos rectores fueron excluidos debido a que las formas de acción que proponen están cubiertas efectivamente por las modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal (arts. 29 y 30 CP).

Por último, se excluyó la alusión al consentimiento de la víctima como causal de exoneración penal, en la medida en la que el reproche se dirige contra quienes transan con personas, conducta que por sí misma conlleva la vulneración de múltiples derechos humanos—desde el desconocimiento de la dignidad humana hasta la violación de la libertad individual— independientemente de la voluntad del sujeto pasivo. Aunado a lo anterior se optó por la exclusión de los diferentes medios que pueden viciar el consentimiento—amenaza, engaño, uso de la fuerza, coacción, fraude, concesión o recepción de pagos o beneficios a terceros—, con miras a alivianar la carga probatoria del organismo de persecución (Gaceta 302, 344 y 393 de 2005, Cámara; gaceta 392 y 499 de 2005, Senado).

2.1.2. *Intervenciones en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: Leyes 679 de 2001 y 747 de 2002*

136. De manera preliminar y en relación con la Ley 679, es relevante señalar que su discusión en el Congreso de la República respondió a la necesidad de tener una

²² Aprobados a través de la Ley 800 de 2003.

regulación idónea para combatir la explotación sexual infantil, la pornografía con menores y el uso de sistemas o redes globales de información para estos propósitos. Las medidas asumidas respondieron a las altas cifras de violencia sexual contra niños y niñas, poniendo especial atención a la explotación sexual relacionada con actividades de turismo, por ser Colombia uno de los “paraísos” mundiales para extranjeros quienes contratan servicios sexuales con menores de edad a través de intermediarios turísticos (Gacetas 302 de 1999 y 488 de 2000, Cámara).

En estrecha relación con lo precedente, se arguyó la necesidad de crear tipos penales acordes con las formas de criminalidad digital atentatorias de los bienes jurídicos de la libertad sexual, la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad sexual de los menores de edad, puesto que los tipos existentes para ese entonces²³, resultaban insuficientes en cuanto a la adecuación típica en los casos concretos (Gaceta 302 de 1999, Cámara).

137. Con esta ley, por tanto, se modificó el delito de actos sexuales con menor de catorce (14) años (art. 209 CP). En esta oportunidad no se presentaron aumentos punitivos²⁴, sino la inclusión de una nueva hipótesis delictiva en un párrafo transitorio, según el cual la realización de actos sexuales con menor de catorce (14) años a través de medios virtuales, utilizando redes globales de información, estaría sancionado con la correspondiente pena del art. 209 disminuida en una tercera parte²⁵.

138. Adicionalmente, a través de la Ley 679 de 2001 se crearon dos nuevos delitos: utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años (art. 219-A CP) y omisión de denuncia (art. 219-B CP). Solo el primero de estos registra posteriores modificaciones en la estructura del tipo y aumentos punitivos, lo cual sucede en el segundo periodo con las Leyes 1236 de 2008 y 1336 de 2009. Respecto a estas introducciones, aunque en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se optó por la remisión expresa a los delitos tipificados en el Título IV –libertad, integridad y formación sexuales– de aquellas conductas de orden sexual con menores de edad, lo cierto es que durante ponencia para segundo debate se crearon los dos tipos penales mencionados, con el argumento autorreferencial según el cual la redacción del tipo se explica por sí misma (Gaceta 488 de 2000, Cámara).

²³ Estupro (art. 301), corrupción de menores (art. 302) y estímulo a la prostitución infantil (art. 312) del Decreto-Ley 100 de 1980, anterior código penal.

²⁴ El aumento ocurre en el 2008, a través de la Ley 1236.

²⁵ “**Artículo 33.** Adiciónase el artículo 303 del código penal con el siguiente inciso. Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.” Es menester señalar que el art. 303 del antiguo código penal, Decreto-Ley 100 de 1980, consagraba el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Sin embargo, la Ley 679 de 2001 refirió en su articulado al código penal actualmente vigente, Ley 599 de 2000, específicamente al artículo 209, correspondiente a actos sexuales con menor de 14 años.

139. Por otra parte, como ya se indicó, la Ley 747 de 2002 derogó el artículo 215 CP que contemplaba el delito de trata de personas, con el propósito de ubicarlo sistemáticamente en el Título III como protección a la libertad individual y otras garantías, en el nuevo artículo 188-A.

140. Esta norma también derogó el delito de turismo sexual (art. 219 CP), que vuelve a ser incorporado a la legislación penal en el 2009, a través de la Ley 1336, la cual contempla un aumento punitivo respecto de la pena propuesta en el 2000. En el escenario deliberativo del año 2002 se arguyó que la existencia del artículo 219, junto con el artículo 188-A, significaría la consagración de un tipo penal más benigno para conductas que han sido claramente tipificadas dentro del delito de trata de personas, por el simple hecho de realizarse en un entorno turístico. Lo anterior implicaría dotar de un sentido erróneo al turismo sexual con menores, equiparándolo al de una actividad social menos reprochable que la trata de personas por el hecho de ser llevado a cabo dentro de un marco de dispersión como lo es el desarrollo de la actividad turística (Gaceta 210 de 2002, Senado).

2.1.3. *Intervenciones en los delitos contra la familia: Leyes 747 de 2002 y 882 y 890 de 2004*

141. En el 2002 se derogó el delito de mendicidad y tráfico de menores (art. 231 CP), a través de la Ley 747, sobre la cual se hizo exposición previamente en los delitos contra la libertad personal (III).

Si bien, en principio no estaba prevista su derogación sino su reforma, el legislador consideró dos razones para eliminar el delito. Por una parte, expuso el fenómeno de la mendicidad como una situación producto de la desatención estatal que afecta a miles de familias. Estas personas, muchas veces víctimas de desplazamiento forzado, además de sufrir las deplorables consecuencias de su estado de pobreza podrían ser penalizadas, siendo el castigo una re - victimización.

Por otro lado, los verbos rectores “ejercer” o “facilitar” dentro de la estructura del tipo, harían de este un delito de mera conducta, por lo cual podría penalizarse con la misma severidad a una familia que pide limosna para su subsistencia, que a una red de explotación infantil. Se concluyó, entonces, que el tipo penal de trata de personas, que también se adiciona con esta ley, es más idóneo para proteger los bienes jurídicos, pues dentro de sus hipótesis delictivas contempla la explotación infantil a través de diversas conductas como la mendicidad. Así, en el primer debate en el Senado se propone derogar dicho tipo penal (Gaceta 210 de 2002, Senado), siendo tal propuesta la que finalmente se aprueba.

142. En el 2004 se presenta la primera modificación del delito de violencia intrafamiliar (art. 229 CP). Con la Ley 882 se modifican algunos elementos del tipo penal y se amplía el ámbito de protección. Este instrumento legal, cuyo objeto

exclusivo era la modificación del artículo 229 CP, tuvo como principal motivación la insistente violencia contra los miembros del hogar, principalmente mujeres, ancianos y niños, además de la discriminación histórica contra la mujer, que la coloca en un lugar de subordinación e indefensión ante este fenómeno.

En tal sentido, se sostuvo que la violencia contra las mujeres y otros sujetos de especial protección ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales, estando el Estado obligado a tomar medidas al respecto, siendo el derecho penal una buena herramienta para ello (Gaceta 304 y 394 de 2002, Senado). Así, la modificación penal consistió en incluir a mujeres, ancianos, personas que se encuentren en incapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se halle en estado de indefensión, como sujetos sobre los cuales la conducta se agrava. Tal reforma, en principio, solo tenía en cuenta a las mujeres; sin embargo, poco a poco fueron adicionándose otros sujetos hasta quedar definidos íntegramente en el segundo debate en la Cámara de Representantes (Gaceta 404 de 2003, Cámara).

143. Por último, mediante la Ley 890 de 2004 se creó el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de menor de edad (art. 230-A CP). Los argumentos para la creación de este tipo penal se dirigen a señalar que el hecho de que los padres que retienen a su hijo para evitar que el otro padre lo vea, más que afectar el ámbito de la libertad personal, afecta la esfera de la familia. Se adujo también, que en esa época el otro padre para remediar la situación acudía al tipo penal de secuestro, lo que congestionaba la administración de justicia, distorsionando la justicia especializada y alterando los índices de rescates y secuestros. El nuevo tipo además de proteger de manera concreta el bien jurídico tutelado de la familia, contribuiría a la eficacia de la administración de justicia (Gaceta 345 de 2003, Senado).

2.1.4. *Intervenciones en los delitos contra el patrimonio económico: Leyes 733 de 2002, 813 de 2003 y 964 de 2005*

144. La Ley 813 de 2003 emerge en un contexto en el cual el hurto y la comercialización de autopartes se presentaban como un fenómeno de constante y amplio margen de afectación. Su objeto principal, sostenían quienes respaldaban la iniciativa, fue proteger a la sociedad ante el peligroso aumento del hurto de vehículos automotores y de los delitos conexos que esta actividad lleva consigo (Gaceta 314 de 2002, Cámara).

Con esta ley se reformó el delito de hurto calificado (art. 240 CP), mediante la creación de una nueva hipótesis delictiva que castiga con pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión cuando la ejecución de la conducta se comete sobre medio motorizado, sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustibles que se lleve en ellos.

De manera correlativa se derogó dicha hipótesis de las circunstancias de agravación del tipo de hurto. Tal modificación tuvo como finalidad hacer posible la aplicación de

la medida de aseguramiento de detención preventiva para la persona que realizara esta conducta, además de evitar la comisión de esta clase de hurto, el cual se presentaba reiteradamente al momento de la expedición de la ley (Gacetas 141, 198 de 2002, Cámara 381 de 2002, Senado). También se estableció una nueva circunstancia para el hurto calificado consistente en un incremento de pena si el sujeto activo de la conducta es el encargado de la custodia material de los bienes mencionados²⁶.

145. Por su parte, en el 2002, a través de la Ley 733 ya mencionada, se modificó el delito de extorsión (art. 244 CP), ampliando el elemento subjetivo del tipo penal y aumentando las penas. En cuanto a la primera modificación, consistió en la adición de elementos subjetivos al tipo agregando una cláusula referente a los propósitos concernientes a “cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito”. En relación con el aumento punitivo, la extorsión en el 2000 contemplaba una pena de prisión de ocho (8) a quince (15) años, entre tanto la modificación de 2002 estableció un espectro punitivo de doce (12) a dieciséis (16) años. Tal aumento implicó un incremento de cincuenta por ciento (50%) en el quantum mínimo de la pena y de seis coma seis por ciento (6,6%) en el máximo, reduciendo el margen de movilidad para la fijación de la pena. La reforma, en términos generales, tuvo lugar debido a que el legislador consideraba de gran importancia proteger los bienes jurídicos que le eran vulnerados constantemente a la población, en un momento donde el secuestro y la extorsión eran un flagelo colectivo (Gaceta 380 de 2000, Cámara), cuya comisión provenía de las guerrillas, los paramilitares y la delincuencia común (Gaceta 469 de 2000, Cámara).

146. A través de la misma ley se presentó una profunda modificación de las circunstancias de agravación punitiva de la extorsión (art. 245 CP). En primer lugar, al criterio de aumento punitivo fijado para la pena de prisión se adiciona una nueva pena principal de multa. En segundo lugar, se amplía el espectro de agravación de la extorsión, en la medida en la que pasa de tener dos numerales en el 2000, a once numerales en el 2002. En las gacetas que dan cuenta del proceso legislativo no fue posible encontrar justificación precisa de tal ampliación de las circunstancias de agravación diferente a la previamente esbozada para la modificación del tipo de extorsión; sólo se expone una especie de argumento *a fortiori*, según el cual la ampliación de las circunstancias de agravación en los casos de los secuestros puede ser aplicada también para las circunstancias que agravan la extorsión (Gaceta 380 de 2000, Cámara).

147. Por último, en el 2005, a través de la Ley 964, se modificó una expresión contenida en el tipo penal de utilización indebida de información privilegiada (art.

²⁶ En su momento, esta era la redacción: “La pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos. Si la conducta fuere realizada por el encargado de la custodia material de estos bienes, la pena se incrementará de la sexta parte a la mitad.”

258 CP). El segundo inciso incluía como típicamente relevante la utilización indebida de información para obtener provecho en negociaciones de acciones, valores o instrumentos registrados en el Registro Nacional de Valores. La reforma de 2005 consistió en corregir la expresión “Registro Nacional de Valores” y presentarla en su debida nomenclatura: “Registro Nacional de Valores y Emisores”. En este periodo, por tanto, no hubo aumentos punitivos, que sí sucederán en el 2011 cuando se cambie la forma de castigar esta conducta punible, de multa a pena privativa de la libertad.

2.1.5. *Intervenciones en los delitos contra la fe pública: Leyes 777 de 2002 y 813 de 2003*

148. En relación con la protección a la fe pública (IX), las Leyes 777 de 2002 y 813 de 2003 modificaron los delitos de tráfico de moneda falsificada (art. 274 CP) y falsedad marcaria (art. 285 CP). Ambas modificaciones tuvieron la misma orientación de crear un inciso que contempla una nueva hipótesis delictiva castigada con pena mayor.

La Ley 777 de 2002 solo modificó el tipo de tráfico de moneda falsificada (art. 274 CP). En la exposición de motivos está registrado que la norma se fundó en dos razones, una constitucional y otra político-criminal. La primera de ellas está asociada con el principio de proporcionalidad, pues, se sostuvo, no es justo que haya una pena igual para una persona cuya conducta recae sobre un monto mínimo, que la conducta que recae sobre un monto superior. La segunda es la necesidad de combatir los delitos asociados al tráfico de moneda como el narcotráfico y el terrorismo (Gaceta 350 de 2002, Cámara).

Se introdujo, por tanto, un nuevo inciso a partir del cual la pena se duplicaría y no habría lugar a libertad provisional cuando el monto supere la cuantía de cien (100) salarios. En ese entonces se consideró que la pena consagrada para el delito resultaba muy benigna si se comparaba con la dimensión de la manifestación criminal; además se registra que la Policía Nacional realizó un llamado a las autoridades para que aumentara la pena teniendo en cuenta la gravedad del delito cuando el monto superara los cien (100) salarios. Así, durante todos los debates se mantuvo la doble punición para el inciso, mientras que la restricción a la libertad provisional fue suprimida en un par de debates (Gacetas 415, 428 de 2002, Senado), para finalmente ser aprobada en el texto definitivo (Gacetas 485 y 544 de 2002, Cámara).

Posteriormente, la restricción a la libertad provisional fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-622 de 2003²⁷, puesto que establecía una diferenciación entre los procesados por el delito de tráfico de moneda falsificada y aquellos judicializados por otros delitos sin que existiese una justificación constitucional respetuosa de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-622-03.htm>

149. Por último, mediante la Ley 813 de 2003 se agregó un nuevo inciso en el delito de falsedad marcaría (art. 285 CP), que castiga con pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión cuando la conducta se realizare sobre sistema de identificación de medio motorizado. La falsedad marcaría básica (inciso 1) en ese momento contemplaba una pena de uno (1) a cinco (5) años. Tal adición tiene la misma justificación que la inserción de la hipótesis en el hurto calificado, es decir la necesidad de proteger los parques de automotores (Gaceta 381 de 2002).

*2.1.6. Intervenciones en los delitos contra el orden económico y social:
Leyes 788, 747 y 733 de 2002 y 964 de 2005*

150. Respecto a la Ley 788 de 2002 es importante resaltar que su presentación como proyecto de ley por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenía como objetivo la estabilización de la deuda pública y la disminución del déficit fiscal. Ambos cometidos pretendían ser alcanzados a través de la reducción del gasto público y la ampliación de los ingresos estatales por medio de la reestructuración tributaria, en especial mediante el aumento de la base gravable del impuesto de valor agregado. A su vez las anteriores medidas serían conjugadas con la política de seguridad democrática, a fin de fortalecer la confianza inversionista y por ende impulsar la economía nacional (Gaceta 398 de 2002, Cámara).

Con fundamento en lo anterior se modificó el delito de contrabando (art. 319 CP), interviniendo en la parte objetiva del tipo penal mediante el establecimiento de un valor menor—pasando de cien (100) a cincuenta (50) salarios—, a partir del cual las diferentes conductas del delito de contrabando adquieren relevancia penal. En ese sentido el contrabando efectuado sobre mercancías que posean un valor menor a cincuenta (50) salarios no es de conocimiento de la justicia penal, sino que es de competencia del régimen administrativo en donde se le aplicarán las sanciones a las que haya lugar. Ahora bien, dicha variación del límite normativo se realizó con base a la coyuntura socio-política y económica del país, con la finalidad de ampliar el margen de acción del derecho penal en la búsqueda de la estabilización de la economía nacional a través de la prevención general en su faceta disuasiva (Gaceta 539 de 2002, Cámara).

A través de esta misma ley se realizó la incorporación a la legislación penal ordinaria del delito de contrabando de hidrocarburos y sus derivados (art. 319-1 CP). La decisión de crear un tipo penal autónomo respecto del contrabando respondió a la necesidad de controlar la importación ilegal atomizada de dichos compuestos, cuya sumatoria atenta contra el orden económico y social. En esa medida el tipo penal autónomo tiene como objetivo facilitar la adecuación típica de conductas que constituyen importación ilegal de hidrocarburos y semejantes, conductas que, a pesar de no alcanzar el límite mínimo de cincuenta (50) salarios de la mercancía contrabandeada, sobrepasan los veinte (20) galones de hidrocarburos introducidos al país de manera ilegal (Gaceta 539 de 2002, Cámara).

Cabe indicar que el estándar acogido –en principio propuesto en diez (10) galones, finalmente aprobado en veinte (20) galones– a partir del cual la conducta cobra relevancia penal tiene como finalidad reconocer un volumen máximo de importación de hidrocarburos que no constituye delito, cantidad comúnmente requerida para la movilización de los ciudadanos de un país a otro a través de las líneas fronterizas, procurando salvaguardar el comercio exterior y la integración entre pobladores de distintas naciones (Gacetas 539 y 614 de 2002, Cámara).

Así mismo se modificó el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando (art. 320 CP), al reducir la cuantía exigida en la parte objetiva del tipo para configurar la infracción penal, la cual en el 2000 exigía una cuantía superior a cien (100) salarios y que en el 2002 exige una cuantía superior a cincuenta (50) salarios. Esta modificación se surte para brindar armonía al interior de la misma normatividad penal en relación con el límite acogido por el art. 319 CP, el cual versa sobre el tipo penal de contrabando (Gaceta 539 de 2002, Cámara).

Además, se produjo la incorporación a la legislación penal ordinaria del delito de favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (art. 320-1 CP). Se arguyó que, en procura de la protección del fisco nacional, resulta igualmente reprochable la conducta de aquellas personas que disponen los medios para el depósito y almacenaje de hidrocarburos y sus derivados, etapa indispensable para su posterior comercialización ilegal (Gaceta 539 de 2002, Cámara). Para brindar sistematicidad el tipo penal autónomo asume el mismo límite establecido en el art. 320 CP, correspondiente a veinte (20) galones (Gacetas 539 y 614 de 2002, Cámara).

Adicionalmente, se modificó el delito de favorecimiento por servidor público (art. 322 CP) al reducir la cuantía exigida en la parte objetiva del tipo para configurar la infracción penal, la cual en el 2000 exigía una cuantía superior a cien (100) salarios y que en el 2002 exige solamente una cuantía superior de cincuenta (50) salarios. Se reiteró que el quantum asumido responde al requerimiento de sistematicidad del ordenamiento penal, dado que el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando toma como referente un valor superior a cincuenta (50) salarios (art. 320 CP), de modo tal que el incurrir en dicha conducta por debajo del límite establecido es impune. Sin embargo, tratándose de servidores públicos la penalización abarca cualquiera de las conductas de favorecimiento al contrabando (art. 322 CP) que se efectúe sobre mercancías con valor inferior a cincuenta (50) salarios por razones de moralidad administrativa.

La misma Ley 788 de 2002 incorporó a la legislación penal ordinaria el delito de favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (art. 322-1 CP), en línea con el tipo penal autónomo de contrabando de hidrocarburos y sus derivados (art. 320-1 CP), de modo tal que la facilitación del contrabando de dichos compuestos por una cantidad menor a los veinte (20) galones a cargo del servidor público –sujeto activo calificado– no queda impune, igual que el anterior con miras a preservar la moralidad administrativa (Gacetas 539 y 614 de 2002, Cámara).

151. Por otra parte, mediante la Ley 733 de 2002, precedentemente expuesta, se modificó el delito de testaferrato (art. 326 CP), incorporando una nueva hipótesis delictiva que castiga prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y conexos, acogiendo en su mayoría el texto propuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho, a excepción de la pena de prisión a imponer, estableciéndose una pena de diez (10) a veinte (20) años –cuando la propuesta por el gobierno era de seis (6) a quince (15) años– sanción prevista para ese entonces en el artículo del tipo penal de testaferrato (Gaceta 380 de 2000, Cámara; 547 de 2001, Senado).

152. Otra ley que tuvo impacto sobre el Título X fue la 964 de 2005, con la cual se corrige la redacción del tipo penal de manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (art. 317 CP). La reforma se realizó en los mismos términos en los que se hizo la corrección del tipo penal de utilización indebida de información privilegiada (art. 258 CP)²⁸.

153. Se presentó también la primera modificación del delito de lavado de activos (art. 323 CP). En este primer periodo, la Ley 747 de 2002 incorporó al listado de delitos base de la conducta punible los tipos penales de tráfico de migrantes (188) y trata de personas (188-A), con el propósito de afrontar en su integridad ambas problemáticas a partir de la penalización de aquellas conductas que buscan brindar apariencia de legalidad a los activos provenientes de tales actividades delictuales (Gacetas 320 de 2001 y 27 de 2002, Cámara).

154. Por último, en el proyecto de Ley 80 de 2002 Cámara (acumulado con el 53 de 2002), 93 de 2002 Senado, que luego se convertiría en la Ley 788 de 2002, el Gobierno Nacional propuso la sanción de la conducta evasiva de los contribuyentes en materia de impuestos nacionales mediante la incorporación de un nuevo capítulo al Código Penal, proponiendo de este modo la adición del capítulo VI al Título X, denominado de la defraudación fiscal, particularmente defraudación al fisco nacional (art. 327-1 CP), con pena privativa de la libertad entre tres (3) y seis (6) años. A pesar de que esta norma penal fue aprobada en plenaria por ambas cámaras (Gacetas 19 y 46 de 2003, Cámara y Senado respectivamente), ya en el estadio de las comisiones de conciliación no es incorporado al texto definitivo de la ley, sin que se registre un argumento que explique su exclusión (Gacetas 43 y 53 de 2003, Cámara y Senado respectivamente).

2.1.6. *Intervenciones en los delitos contra la seguridad pública: Leyes 733 y 759 de 2002*

155. Con la Ley 733 de 2002, se modifica el tipo de concierto para delinquir (art. 340 CP), para incluir en la modalidad agravada la asociación para cometer

²⁸ Ver *supra*, sección 8.1.4.

los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, testaferrato y conexos. Si bien en un principio el proyecto de ley contemplaba el aumento del espectro punitivo de diez (10) a quince (15) años respecto al contenido en la Ley 599 de 2000, que era de seis (6) a doce (12) años, posteriormente en el primer debate en la Cámara de Representantes se decidió mantener la punición original. La inclusión de estos tipos tiene como justificación la necesidad de tener en cuenta otros delitos cuyos bienes jurídicos eran, en ese entonces, constantemente vulnerados, (Gaceta 380 de 2000, Cámara), especialmente cometidos por las guerrillas, los paramilitares y la delincuencia común (Gaceta 469 de 2000, Cámara).

156. Por otra parte, en este periodo se crean dos nuevos delitos a través de la Ley 759 de 2002, el tipo de empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal (art. 367-A CP) y el de ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (art. 367-B CP). Esta adición al Código Penal fue aprobada íntegramente tal y como se planteó en el proyecto de ley inicial. Con dicha norma se busca dar cumplimiento a la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales²⁹ y sobre su destrucción, además se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonales. Este instrumento consagraba en su artículo noveno la obligación de crear un régimen penal que sancionara la fabricación y otras conductas relacionadas con las minas antipersonas. En el proyecto de ley se expone además que, si bien es un delito de mera conducta y de peligro, la punición siendo alta no excede los límites de proporcionalidad, pues la potencialidad del daño es superior ya que se puede causar perjuicio a diversos bienes jurídicos. También se explica cómo esta conducta delictiva estaba siendo usada con frecuencia por grupos ilegales alzados en armas de manera indiscriminada, sin tener castigo alguno (Gaceta 438 de 2001, Senado).

2.1.8. *Intervenciones en los delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia: Leyes 733 y 738 de 2002, 813 de 2003 y 890 de 2004*

157. La Ley 733 de 2002 modificó el delito de omisión de denuncia de particular (art. 441 CP) ampliando el catálogo de conductas punibles que configuran la omisión de los particulares acerca de la denuncia del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, además del proxenetismo en menor de doce (12) años, conducta que no está tipificada en la actualidad³⁰. Así mismo, creó una nueva hipótesis delictiva agravada que castiga con mayor intensidad a los servidores que realicen la omisión descrita. Con esta reforma también aumenta la pena original prevista por el código, la

²⁹ Aprobado a través de la Ley 554 de 2000.

³⁰ Hoy en día la Ley 599 de 2000 tipifica la conducta de proxenetismo con menor de edad (art. 219-A).

cual tenía un espectro punitivo de uno (1) a tres (3) años; con la reforma pasa a tener un castigo de dos (2) a cinco (5) años, lo que implica un aumento de cincuenta por ciento (50%) en el quantum mínimo y del sesenta y seis por ciento (66%) en el máximo. Tal adición y aumento en la punición del tipo tienen como justificación la necesidad de castigar con severidad la omisión de denuncia, dada la relevancia de los delitos y los bienes jurídicos que protege (Gaceta 380 de 2000, Cámara).

Con esta misma ley se consagró una reforma punitiva en la modalidad culposa del delito de favorecimiento de la fuga (art. 450 CP), se estableció que en caso de favorecimiento de fuga de condenados por los delitos de “genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el Título II de este Libro”, la pena no será multa, sino de prisión de dos (2) a cuatro (4) años. Tal aumento no estaba contemplado en el proyecto de ley ni se discutió en primer debate durante el trámite en la Cámara de Representantes; en segundo debate ante esta misma corporación fue propuesta su adición y modificación punitiva; sin embargo, no es posible extraer la justificación de tal reforma de los documentos que dan cuenta del trámite legislativo (Gaceta 247 de 2001, Cámara).

También se crea una nueva hipótesis delictiva en el tipo de receptación (art. 447 CP), dado que la Ley 813 de 2003 introdujo un nuevo inciso en el tipo penal que criminaliza con mayor intensidad la ejecución de la conducta “sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos”. Tal adición tiene la misma justificación que la inserción de la hipótesis en el hurto calificado y la falsedad marcaría, con miras a proteger la integridad de los parques de automotores (Gaceta 381 de 2002, Senado).

158. En la misma línea de la reforma anterior, se creó el delito de comercialización de autopartes hurtadas mediante la Ley 738 de 2002, cuya finalidad exclusiva fue agregar esta hipótesis delictiva. Este primer intento de tipificación de esta modalidad delictiva fue declarado inexecutable por la sentencia C-205 de 2003³¹. Las razones que sirvieron como sustento para la introducción de este tipo penal son el alto nivel de hurto de automotores que se registraba en ese momento. Fue también considerada la importancia del sector automotor en el empleo nacional y en los ingresos corrientes de la Nación, además del impacto negativo en el contrabando y la competencia desleal (Gaceta 189 de 2001, Senado). Así, en principio solo se había considerado la ampliación del tipo de receptación (Gaceta 189 de 2001, Senado), pero en el segundo debate ante el Senado se descartó esa posibilidad y se propuso que tal hipótesis delictiva quedara en un nuevo artículo del Código Penal (Gaceta 520 de 2001, Senado). No obstante, en el 2003 la

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-205-03.htm>

Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo, puesto que vulneraba los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, al no establecer cuál es el bien jurídico que se busca proteger, ni ser claro en la finalidad de la norma; además, la exigencia de la demostración de la procedencia lícita de la parte del automotor vulneraba también la presunción de inocencia, invirtiendo la carga de la prueba.

159. Por su parte, la Ley 813 de 2003, agregó un inciso al art. 447 del CP, correspondiente al delito de receptación, de modo tal que, si la conducta se realiza sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión y multa de cinco (5) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

160. En cuanto a la Ley 890 de 2004, a través de ella fueron adicionados los delitos de soborno en actuación penal (art. 444-A), amenazas a testigos (art. 454-A), ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454-B) e impedimento o perturbación de la celebración de audiencias (art. 454-C). Estas inserciones se justificaron por la necesidad de proteger el correcto desempeño de la administración de justicia, para así hacer eficaz su funcionamiento (Gaceta 642 de 2003, Senado). Con esta misma finalidad también fue reformado el delito de soborno (art. 444), aumentando el quantum mínimo y máximo de la pena, que pasó de tener una pena prevista de uno (1) a cinco (5) años, a una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, correspondiendo el aumento en el mínimo a un trescientos por ciento (300%) y el máximo a un sesenta por ciento (60%) de la pena inicial.

A través de la misma ley se introdujo un aumento punitivo para los delitos de falso testimonio (442 CP) y fraude procesal (453 CP); de tener una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, pasan a tener una pena de seis (6) a doce (12) años, consistiendo esto en un incremento del cincuenta por ciento (50%) tanto en el quantum mínimo como en el máximo, ampliando el espectro de movilidad respecto al valor inicial. La modificación no estaba prevista en el proyecto de ley y solo hasta la plenaria del Senado son introducidas tales reformas, sin que se extraiga alguna explicación de los documentos que dan cuenta del trámite legislativo (Gaceta 135 de 2004, Senado).

Por último, la norma también creó una nueva hipótesis delictiva en el fraude a resolución judicial (art. 454 CP), a través de un inciso que extiende la pena prevista en la conducta al que asista a una audiencia ante el juez que ejerza la función de control de garantías, ante el juez de conocimiento, tribunal o la Corte Suprema de Justicia y se niegue deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado. Esta adición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-897 de 2005³², puesto que, al penalizar tal conducta, que es de baja lesividad social, el legislador no tuvo en cuenta fundamento alguno, siendo la pena carente de razonabilidad y proporcionalidad.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-897 de 2005. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-897-05.htm>

2.1.9. *Intervenciones en los delitos contra el régimen constitucional y legal: Ley 975 de 2005*

161. En este primer periodo se presentó la única reforma a estos delitos (XVIII) a través de la Ley 975 de 2005, también conocida como la Ley de Justicia y Paz. En términos generales, la promulgación de esta normatividad respondió al objetivo de establecer un marco jurídico para la paz, dado que, si bien se encontraba vigente la Ley 782 de 2002, esta resultaba insuficiente en la medida que no preveía las herramientas jurídicas adecuadas que facilitasen la desmovilización individual y colectiva de actores armados, aunado al otorgamiento de beneficios penales a aquellos que decidiesen acogerse a la normatividad del 2005, siendo en todo caso la pena máxima aplicable ocho (8) años de prisión.

Ahora bien, en cuanto a la modificación en concreto al Código Penal, se trató del delito de sedición (art. 462 CP) ampliando el tipo penal para considerar que “quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal”, también cometen el delito de sedición.

Tal como se manifestó por un sector del Senado, la inclusión de dicha expresión presenta una grave tergiversación del tipo penal de sedición, debido a que siendo este un delito de carácter político, la conducta del actor está dirigida a perturbar la operatividad de los poderes públicos mediante la coacción armada, teniendo como motivación ulterior la concretización del bien común.

Contrariamente, los términos utilizados en la norma dan a entender que cualquiera que cometa un delito que interfiera con el funcionamiento del orden jurídico será sujeto de imputación del tipo penal de sedición: la conclusión no puede ser otra, puesto que es propio de todo delito interferir con el normal funcionamiento del ordenamiento constitucional o legal; por ello es primordial la inclusión del elemento subjetivo propio de los delitos políticos, a saber el ideal altruista de un orden justo hacia el cual vaya dirigida la perturbación del ordenamiento constitucional y legal, so pena de tipificar como delito una conducta que tiene como única motivación el beneficio propio.

En última instancia la errada tipificación del delito de sedición significaría brindar un trato benigno a crímenes execrables cometidos por miembros de grupos armados, toda vez que dicho tipo posee un trato especial evidenciado en una sanción menos grave acorde con su móvil noble (Gaceta 289 de 2005, Senado).

Por último, cierto es que el delito de sedición exige una actuación contra el ordenamiento constitucional y legal, punto que resulta cuestionable en el caso de los grupos paramilitares, quienes históricamente han actuado en connivencia con las fuerzas militares para la perpetuación del orden vigente (Gaceta 522 de 2005, Senado). A pesar de todas estas inconsistencias en torno a la adición del delito de sedición –ligadas a su negación en Senado, aprobación en Cámara y negación

en comisiones conjuntas (Gaceta 298 de 2005, Senado)–, el texto del proyecto finalmente fue aprobado a raíz de una apelación surtida por congresistas de cada cámara (Gacetas 391 y 499 de 2005, Senado; gacetas 286 y 390 de 2005, Cámara).

En todo caso, esta propuesta formulada por la Ley 975 de 2005 fue declarada inexecutable por la sentencia C-370 de 2006³³. Puntualmente, en lo que respecta al artículo 71 de la Ley 975, la Corte Constitucional dictaminó que su promulgación había estado afectada por vicios de forma, en la medida que no se siguió el trámite constitucional y legal establecido para la adición de un artículo, en principio negado, del proyecto de ley presentado; en cambio se hizo uso de la figura de la apelación, la cual resultaba improcedente, como se expondrá a renglón seguido.

La aprobación del artículo 71 de la Ley 975 se surtió a raíz de una apelación presentada por congresistas de cada cámara, la cual estuvo antecedida por la negación del mencionado artículo en las comisiones permanentes constitucionales de ambas cámaras. No obstante, el mecanismo de la apelación ni siquiera resultaba procedente por la sencilla razón de no cumplir la hipótesis fáctica exigida por la norma constitucional, concerniente a la procedencia de la apelación ante la negación de un proyecto de ley o su archivo indefinido (art. 159 Constitución Política). Por lo tanto, el procedimiento a seguir no era la apelación sino la adición del texto negado durante el segundo debate.

De manera contraria a la legalmente exigida, el texto negado durante primer debate fue apelado y tramitado en una comisión constitucional diferente a la inicial y por ende carente de competencia, siendo introducido el texto legal –incluyendo el artículo negado en un principio– de manera irregular en el segundo debate ante plenaria de Senado, todo lo cual devino en el desconocimiento del procedimiento constitucional.

2.1.10. *Ley 890 de 2004: primera reforma estructural en la parte especial del Código Penal*

162. Esta ley se expide con ocasión de la reforma estructural del procedimiento penal en Colombia, cuyo antecedente directo es el acto legislativo 03 de 2002 en el que se instaura el sistema penal acusatorio y se establecen las directrices para la expedición de un nuevo código de procedimiento penal. En este escenario era indispensable modificar elementos sustanciales del Código Penal, para que estuvieran acordes con el nuevo sistema, especialmente con los mecanismos de justicia negociada, la posibilidad de realizar preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado según fuese el caso, con la finalidad de lograr la descongestión de la justicia.

En ese sentido hubo tres modificaciones importantes en el Código Penal. En primer lugar, el aumento de la pena máxima para delitos individuales, y para delitos de concurso. El Código Penal contemplaba una pena máxima de cuarenta (40)

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MMPP. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>.

años y cincuenta (50) años cuando había concurso de conductas punibles, la ley aumento estos valores a cincuenta (50) y sesenta (60) años respectivamente. En La exposición de motivos de la norma (Gaceta 345 de 2003, Senado) establece que:

Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas y se dejó como límite la duración máxima de sesenta años de prisión, excepcionalmente, para los casos de concurso y, en general, de cincuenta años.

Cabe destacar que tal aumento materializado en la reforma al artículo 31 de la ley fue demandado ante la Corte Constitucional, quien en la sentencia C-394 de 2006³⁴ se declaró inhibida para conocer del asunto.

El segundo cambio importante fue la introducción de los tipos penales previamente descritos: soborno en actuación penal (art. 444-A), amenazas a testigos (art. 454-A), ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454-B), impedimento o perturbación de la celebración de audiencias (art. 454-C) y ejercicio arbitrario de custodia (230A); además de la modificación de los tipos de soborno (444 CP), falso testimonio y (442) y fraude procesal (453), aumentado las penas previstas para estos delitos.

Como se puede observar casi todas las reformas se hacen en delitos relacionados con la administración de justicia; esto indica, como se expone en los antecedentes de la norma, que la intención era buscar eficacia del sistema de justicia, para lo cual introduce nuevas hipótesis delictivas que obedecen a conductas que entorpecen el recto funcionamiento del sistema procesal y aumenta las penas previstas para los delitos ya consagrados en el Código Penal. En la gaceta 642 de 2003 del Senado se encuentran tales argumentos: “Las particularidades que en adelante tendrá el sistema de investigación y juzgamiento en materia penal hacen conveniente tomar medidas que aseguren la efectividad de las diligencias y etapas procesales de la manera más segura y pronta”.

Respecto al tipo de ejercicio arbitrario de custodia (art. 230-A CP), la introducción obedeció a la necesidad de descongestionar la administración de justicia en torno al tipo de secuestro, que se veía distorsionado por las denuncias que interponía un padre cuando el otro le impedía ver a su hijo, como se menciona en la Gaceta 345 de 2003 de Senado.

En esta misma gaceta, la cual corresponde al proyecto de ley inicial, se contemplan múltiples modificaciones a diversos delitos de la parte especial del código con énfasis en delitos contra el patrimonio económico. Sin embargo, el articulado se redujo a unos pocos delitos, los que tenían mayor relación con el nuevo sistema procesal penal y adicionado en los tipos previamente descritos

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-394-06.htm>.

que se refieren a la administración de justicia (Gaceta 642 de 2003, Senado), para finalmente llevar a cabo un aumento generalizado de las penas (Gaceta 111 de 2004, Senado).

El incremento punitivo se realizó con el propósito de hacer viable la aplicación de los acuerdos de rebaja de penas que prevé el actual código de procedimiento penal con el propósito de hacer más pronta y eficaz la justicia del sistema penal acusatorio. Tal aumento implicó que todos los artículos de la parte especial del Código Penal aumentaran el doble en el quantum máximo y una tercera parte en el quantum mínimo, respetando las penas máximas previstas en el código y exceptuando el régimen de modificaciones a los delitos de la administración de justicia.

2.1.11. Síntesis del período: 2000-2005

163. En el primer período analizado se registran las siguientes reformas:

Tabla número 5. Síntesis de las reformas en el período 2000-2005

REFORMAS		NÚMERO
Aumentos punitivos		11
Creación de tipos		15
Ampliación de los elementos del tipo penal		22
Otras	Corrección	2
	Derogación	5

Fuente: elaboración propia

Dentro de los antecedentes de las reformas que se hicieron en este lustro al Código Penal, solo de manera esporádica se encuentran argumentos precisos relacionados con la proporcionalidad de las penas. Puede afirmarse que en este período no se encuentra una sistematización de las reglas que deben regir los aumentos de pena, y se acude a principios ad hoc, de acuerdo con argumentos relacionados con la seguridad ciudadana y sin justificación acerca de la forma como el aumento punitivo incidirá en la recuperación de la seguridad pública. La mayoría de las propuestas de aumentos punitivos estuvieron acompañadas de alegaciones relativas a la proporcionalidad, pero no se explicitaron los criterios que la rigen o cómo inciden estos en la determinación legal de la sanción penal. Tales razones se explicaron genéricamente en comparación con la legislación de otros países, o con otros tipos delictivos, o simplemente exponiendo la necesidad de aumentar las penas como forma de prevenir la expansión del delito o de controlar el número de conductas realizadas hasta el momento.

Acorde con esta falta de fundamentación, en ocasiones durante este primer período se hicieron aumentos a la pena mínima, dejando inalterada la máxima, de forma que se cerró el ámbito de movilidad punitiva, lo que puede influir los criterios de individualización de las penas al momento de su determinación judicial,

en la medida en la que el juez no tiene mucha discrecionalidad para señalar la pena concreta y puede obviar el análisis de la gravedad de la conducta, debido al poco espacio que existe entre el mínimo y el máximo.

De conformidad con los principios de asignación de la pena que ha decantado la jurisprudencia constitucional colombiana, se tendría que analizar, en sede legislativa, la incidencia que algunas circunstancias pueden tener en la graduación punitiva, en un ejercicio de confrontación entre la conducta inicialmente criminalizada y las circunstancias propias del delito, que llevarían a variar los mínimos o los máximos de la pena, o a modificar el ámbito de movilidad punitiva. Estos criterios no fueron acogidos por el legislador en este período, como se deduce del hecho de que la Ley 733 de 2002 extendió las causales de agravación punitiva del secuestro extorsivo al secuestro simple, sin advertir que por lo menos tres de ellas (6, 7, y 8) son incompatibles con la descripción típica del secuestro simple.

Tampoco se observó un criterio determinado en la confección de la Ley 890 que aumentó todas las penas previstas en la parte especial del Código Penal. La justificación que en su momento se dio para la aprobación de la ley, estuvo relacionada con la necesidad de aumentar las sanciones penales que, producto de los preacuerdos y negociaciones que se implementaron con la Ley 906, se verían reducidas en una proporción importante. El aumento fue general, sin que se analizara que ya entre 2001 y 2004 se habían modificado algunas penas y que, por lo tanto, han debido tener criterios distintos a los que se invocaron para los tipos penales respecto de los cuales no se había aumentado la sanción.

De otra parte, puede anotarse también que la argumentación que dio origen a la Ley 890 no era la única posible, en tanto que se habría podido optar por limitar las facultades del fiscal para disminuir la pena cuando se acudiera a preacuerdos o negociaciones. De la misma manera, antes que aumentar de manera general las penas fijadas en la Ley 599, se ha debido hacer un análisis ponderado de cada tipo penal para determinar si alguno o algunos de ellos, aun con las rebajas de pena, tenían determinada legalmente una sanción que resultara acorde con su gravedad.

2.2. SEGUNDO MOMENTO: 2006-2010

164. Este periodo registra el mayor número de reformas a la parte especial del Código Penal. Se crearon veintitrés (23) leyes nuevas, diez (10) más que el periodo anterior.

Tabla número 6. Leyes que modifican la parte especial del Código Penal, 2006-2010³⁵³⁶³⁷³⁸

LEY	DESCRIPCIÓN GENERAL	ESTADO
1028 de 2006	Creación de nuevos delitos en materia de apoderamiento de hidrocarburos	Vigente.
1032 de 2006	Modificaciones de tipos penales relacionados con la protección a la propiedad intelectual y a las telecomunicaciones.	Vigente; exequibilidad condicionada del art. 4 mediante sentencia C-501 de 2014 ³⁵ .
1098 de 2006	Código de infancia y adolescencia. En el Código Penal modifica una causal de agravación en los delitos contra la vida en los menores de catorce años (art. 119 CP).	Modificación a la parte especial del Código Penal vigente.
1111 de 2006	Estatuto Tributario. Modifica valores para expresarlos en UVT (evasión fiscal, contrabando, etc.)	Derogada la modificación en la cuantificación de los tipos.
1121 de 2006	Modificación de tipos penales relacionados con actividades de financiación del terrorismo. Modificación de la parte general del Código Penal en materia de territorialidad de la ley penal. Exclusión de beneficios y subrogados penales.	Modificaciones a hipótesis vigentes, modificaciones a espectros punitivos de art 323 y 340 derogadas por leyes posteriores 1762 de 2015 y 1453 de 2011.
1142 de 2007	Reforma de seguridad ciudadana. Modificación de tipos penales relacionados con la seguridad ciudadana. Creación del artículo 68-A en el Código Penal, que establece una exclusión de beneficios y subrogados penales a los delitos contemplados en su lista.	Art 312 reformado por la Ley 1393, art 365 y 366 reformados por la ley 1453. Demás modificaciones vigentes.
1154 de 2007	Modificación de la prescripción de la acción penal en delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales	Vigente ³⁶ .
1181 de 2007	Modificación de la inasistencia alimentaria	Declaración inexecutable de la expresión “Únicamente”, a través de sentencia C-798 de 2008 ³⁷ . Exequibilidad condicionada mediante sentencia C-029 de 2009 ³⁸ .
1200 de 2008	Modificación del secuestro extorsivo.z	Vigente.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-501 de 2014. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-501-14.htm>.

³⁶ Esta ley modifica la parte general del código en su artículo 83, la reforma consistió en fijar el término de prescripción para los delitos sexuales a veinte (20) años después de que el menor que fue víctima de la conducta cumpliera la mayoría de edad. Dicho aumento tiene fundamento en la necesidad de extender el término de prescripción, pues en estos casos los menores normalmente no denuncian tales actos porque se encuentran intimidados y para cuando son mayores de edad y adquieren discernimiento para identificar el abuso y denunciar a los victimarios, la acción ya ha prescrito. (Gaceta 414 de 2006, Senado).

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. MP. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-798-08.htm>.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

1220 de 2008	Aumento de penas para los delitos contra la salud pública	Vigente.
1236 de 2008	Modificación de los delitos sexuales	Vigente. Modificación introducida al numeral 4 art. 211 del CP, declarada condicionalmente exequible mediante sentencia C-521 de 2009 ³⁹ . Así mismo la modificación al art. 213 del CP fue declarada exequible, por los cargos analizados, en la sentencia C-636 de 2009 ⁴⁰ .
1257 de 2008	Modificación de los delitos contra la vida y la libertad en función de la protección de las mujeres (principalmente modificaciones en las circunstancias de agravación). Creación del delito de acoso sexual.	Derogado numeral 11 art. 104 CP mediante el art. 13 de la ley 1761 de 2015 Exequibilidad condicionada mediante sentencia C-029 de 2009 ⁴¹ , respecto a las modificaciones introducidas a los numerales 1° art. 104 y 4 art. 170 del Código Penal. Demás modificaciones vigentes.
1273 de 2009	Creación de un nuevo bien jurídico en el Código Penal, protección de la información y de los datos.	Vigente.
1288 de 2009	Ley sobre inteligencia y contrainteligencia: modificación del acceso abusivo a un sistema informático y adición de los delitos de revelación de secreto culposa y uno sin <i>nomen iuris</i> relacionado con la revelación de la identidad de agentes de inteligencia.	La totalidad de ley fue declarada inexecutable mediante sentencia C-913 de 2010 ⁴² .
1309 de 2009	Modificación de la prescripción de la acción penal. Modificación de circunstancias de agravación punitiva de algunos delitos en función de la protección de los miembros de organizaciones sindicales.	Aparte alusivo a organización sindical “legalmente reconocida” declarado inexecutable mediante sentencia C-472 de 2013 ⁴³ .
1311 de 2009	Creación de nuevos delitos contra la salud pública, construcción de sumergibles y semisumergibles empleados en el tráfico de narcóticos.	Vigente.
1326 de 2009	Modificación de las circunstancias de agravación del homicidio culposo.	Vigente.
1329 de 2009	Modificación y creación de delitos relacionados con la explotación sexual de menores de edad.	Vigente.
1336 de 2009	Modificación del turismo sexual y la pornografía con menor de edad.	Vigente.
1356 de 2009	Modificación de una de las circunstancias de mayor punibilidad, establecidas en la parte general del Código Penal.	Vigente.
1357 de 2009	Modificación y creación de delitos relacionados con la captación masiva de dinero	Vigente.

1393 de 2010	Modificación del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico	Vigente.
1426 de 2010	Modificación de la prescripción de la acción penal y de delitos relacionados con la protección de la actividad periodística (Técnica: modificación de las circunstancias de agravación punitiva de delitos relacionados con la protección de los Defensores de Derechos Humanos y de los periodistas).	Vigente

Fuente: elaboración propia³⁹⁴⁰⁴¹⁴²⁴³

En este periodo la intervención en la parte especial fue generalizada, de tal manera que resulta más sencillo destacar cuáles bienes jurídicos protegidos penalmente no fueron intervenidos. Así, de los veintiún (21) títulos que componen el Código Penal, en este periodo estuvieron excluidos de la intervención seis (6), los relacionados con la protección a la integridad moral (V)⁴⁴, al patrimonio cultural sumergido (VII-A)⁴⁵, a los recursos naturales y el medio ambiente (XI), a los animales (XI-A)⁴⁶, a la existencia y seguridad del Estado (XVII)⁴⁷ y al régimen constitucional y legal (XVIII)⁴⁸.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 2009. MP. María Victoria Calle. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-521-09.htm>.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-636-09.htm>.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-913 de 2010. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-913-10.htm>.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-472 de 2013. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-472-13.htm>.

⁴⁴ Al cierre del primer semestre de 2016, el título V no ha tenido modificaciones, salvo los aumentos punitivos genéricos establecidos por la Ley 890 de 2004, en los casos aplicables.

⁴⁵ El título VII-A fue creado en el tercer periodo, por la Ley 1675 de 2013.

⁴⁶ El título XI-A fue creado en el cuarto periodo, por la Ley 1774 de 2016.

⁴⁷ Al cierre del primer semestre de 2016, el título XVII no ha tenido modificaciones, salvo los aumentos punitivos genéricos establecidos por la Ley 890 de 2004 y la declaratoria de inexistencia del delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios (art. 461 CP). En relación con esto último, ver la sentencia de la Corte Constitucional C-575 de 2009. MP. Humberto Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-575-09.htm>.

⁴⁸ La única reforma al título XVIII se realizó en el primer periodo. Ver, *supra*, sección 2.1.9.

Tabla número 7. Intervención en los títulos de las reformas legales⁴⁹, 2006-2010

LEY	TÍTULO PARTE ESPECIAL																TOTAL
	I	II	III	IV	VI	VII	VII-BIS	VIII	IX	X	XII	XIII	XIV	XV	XVI		
1028 de 2006										x						1	
1032 de 2006						x		x		x						3	
1098 de 2006	x															1	
1111 de 2006										x						1	
1121 de 2006										x	x				x	2	
1142 de 2007					x	x			x	x	x		x		x	7	
1181 de 2007					x											1	
1200 de 2008			x													1	
1220 de 2008												x				1	
1236 de 2008				x												1	
1257 de 2008	x	x	x	x												4	
1273 de 2009			x				x									2	
1288 de 2009			x											x		2	
1309 de 2009	x		x													2	
1311 de 2009												x				1	
1326 de 2009	x															1	
1329 de 2009				x												1	
1336 de 2009				x												1	
1357 de 2009										x						1	
1393 de 2010										x						1	
1426 de 2010	x		x								x					3	
TOTAL	5	1	6	4	2	2	1	1	1	7	3	2	1	1	2		

Fuente: elaboración propia

⁴⁹ De la tabla han sido excluidas las Leyes 1356 de 2009 y 1154 de 2007. Ello se debe a que estas son modificaciones realizadas a la parte general del código penal. En el primer caso, la modificación está relacionada con las circunstancias de mayor punibilidad; en el segundo, con el término de prescripción de la acción penal.

De acuerdo con la tabla anterior, del grupo de leyes que conforman el segundo periodo analizado, la Ley 1142 de 2007 realizó reformas en siete (7) títulos, siendo la ley con mayor número de reformas realizadas. Le siguen con intervenciones en cuatro (4) títulos la Ley 1257 de 2008; con tres (3) intervenciones, las Leyes 1032, 1121 de 2006 y 1426 de 2010. Con intervenciones en dos títulos, en el periodo se registran cuatro leyes y, finalmente, con una sola intervención, hay trece leyes. Como se podrá ver más adelante⁵⁰, la Ley 1142 de 2007, una de las primeras leyes de seguridad ciudadana que interviene la legislación penal, es la reforma de mayor espectro a la parte especial del Código Penal en el segundo lustro de su vigencia, no sólo por el número de títulos modificados, sino por el tipo de intervención que realizó en ellos.

En cuanto el número de reformas realizadas en cada uno de los títulos, la protección a la libertad personal (III) y la protección al orden económico social (X) fueron reformadas en mayor cantidad, con seis leyes. Con cinco reformas, le sigue la protección a la vida (I); con cuatro, la protección a la libertad, integridad y formación sexuales (IV); con tres, la protección a la seguridad pública (XII); con dos, la protección a la familia (VI) y al patrimonio económico (VII), la salud pública (XIII), la impartición de justicia (XVI); y, finalmente, con una, la protección a las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (II), a la información y de los datos (VII-Bis), a los derechos de autor (VIII), de la fe pública (IX), de los mecanismos de participación democrática (XIV) y de la administración pública (XV). A continuación, se presentarán las modificaciones en cada uno de los títulos.

2.2.1. *Modificación de las circunstancias de mayor punibilidad, parte general: Ley 1356 de 2009*

165. La Ley 1356 de 2009 introdujo una modificación a la parte general del Código Penal, específicamente a las circunstancias de mayor punibilidad consagradas en el artículo 58 CP. Esta norma responde a la preocupación ante la escalada de la violencia en escenarios deportivos por parte de los hinchas, especialmente en las principales ciudades.

Se reconoce que la violencia en los entornos deportivos es reflejo de conflictos sociales, tales como la violencia doméstica, la baja autoestima, la deserción escolar y la necesidad de reconocimiento en el entorno social. En ese sentido, la reglamentación está orientada a la erradicación de la violencia a través de la implementación de sanciones represivas junto a medidas educadoras de los espectadores de eventos deportivos (Gaceta 355 de 2007, Cámara).

⁵⁰ Ver *infra*, sección 2.2.16.

En concreto, la Ley 1356 de 2009 adiciona el numeral 17 al art. 58 del CP, relativo a las circunstancias de mayor punibilidad, cuando 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, antes, durante o con posterioridad a su celebración (Gaceta 498 de 2009, Senado).

2.2.2. *Intervenciones en los delitos contra la vida y la integridad personal: Leyes 1098 de 2006, 1257 de 2008, 1309 de 2009, 1326 de 2009 y 1426 de 2010*

166. La Ley 1098 de 2006, código de infancia y adolescencia, se expidió con la finalidad de sanear el vacío normativo respecto a la protección de niñas, niños y adolescentes, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en 1991 (Gaceta 551 de 2005, Senado). Esta norma reformó algunos artículos del Código Penal y estableció mecanismos procesales, tanto penales como administrativos, para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Con relación con la parte especial del Código Penal, se introdujo una nueva circunstancia de agravación punitiva aplicable a las lesiones personales y al parto o aborto preterintencional (art. 119 CP). En un nuevo inciso se amplió la cobertura del agravante para castigar con mayor intensidad los casos que involucran como víctimas a niños y niñas menores de catorce años.

Así, mientras el primer inciso establece un aumento de una tercera parte a la mitad, el segundo establece un aumento del doble. En el trámite legislativo esta medida no fue contemplada en ningún debate ni en Cámara o Senado, ya que, si bien se consagraban medidas que limitaban la aplicación de algunos mecanismos procesales para los sujetos que atentaran contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no había alguna modificación en la punición de ningún tipo específico. La medida finalmente aparece en acta de conciliación, sin que se registre justificación en las gacetas del Congreso (Gacetas 234 de 2006, Senado; 128, y 395 de 2006, Cámara).

167. Otra norma que modificó el título I del Código Penal fue la Ley 1257 de 2008 la cual tenía como respaldo directo una motivación de carácter normativo y otra de orden fáctico correspondientes a, de un lado, la obligación estatal de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer surgida de los compromisos internacionales asumidos por el Estado⁵¹. De otro lado, la necesidad

⁵¹ (i) Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); (ii) Declaración y Plataforma de Acción de Beijing; (iii) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belem do Pará; (iv) Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; (v) Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y (vi) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

de afrontar a través de medidas concretas las altas cifras de violencia en contra de las mujeres, comprendiéndose este fenómeno como una problemática de salud pública con repercusiones de tipo socioeconómico, la cual funde sus raíces en una vulneración de los derechos humanos de la mujer, cuyo origen se halla en la discriminación del género femenino (Gaceta 630 de 2006, Senado).

Respecto a las modificaciones particulares, en primer término, intervino las circunstancias de agravación punitiva del homicidio (art. 104 CP). De un lado, amplió el catálogo de víctimas establecidas en el numeral 1, en la medida que agregó las expresiones referentes a los ascendientes o descendientes del padre o madre de familia, aunque estos no convivan en el mismo lugar. Con esto, la norma penal extiende su protección especial a los abuelos y hermanos, aunque esta última categoría filial había sido prevista por el numeral original de la Ley 599 de 2000. Además, prevé el homicidio agravado en aquellos casos en que una persona da muerte a otra, cuando a pesar de ser esta última ajena a las categorías enunciadas en el artículo 104 CP, hace parte de la unidad doméstica del victimario. En este punto es necesario traer a colación la sentencia C-029 de 2009⁵², a través de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las modificaciones introducidas a los numerales 1º art. 104 y 4 art. 170 del Código Penal (reforma introducida a mayor profundidad en acápite siguientes), en el entendido de que las normas penales demandadas que prevén una punición más severa dado el mayor grado de reproche de la conducta del sujeto activo, basado en un criterio de solidaridad y afecto entre la víctima y el victimario, son extensibles a las parejas del mismo sexo en desarrollo del mandato constitucional de igualdad de trato, sin que se pueda apreciar una razón que legitime la menor protección otorgada a las relaciones afectivas homosexuales.

De otro lado, la Ley 1257 creó una nueva circunstancia que agravaba el homicidio cuando se cometía contra una mujer, por el hecho de ser mujer, consagrando un tipo penal subordinado (numeral 11 art. 104). Esta modificación será derogada en el próximo período con la creación del feminicidio como tipo autónomo por la Ley 1761 de 2015.

168. Posteriormente, la Ley 1309 de 2009 modificó el numeral 10 del art. 104, que se volvió a reformar el año siguiente, a través de la Ley 1426 de 2010, pero sobre aspectos diferenciables del sujeto pasivo calificado del homicidio agravado: la primera reforma en relación con los miembros de sindicatos legalmente reconocidos, mientras que la segunda respecto a defensores de derechos humanos y periodistas.

Particularmente, en lo que respecta a la exposición de motivos y la ponencia para primer debate de la Ley 1309 de 2009, se resalta el compromiso del Estado para dar

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://corconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

cumplimiento a las recomendaciones presentadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), especialmente en lo concerniente a la promoción de un entorno libre de violencia que permita la constitución de un terreno fértil para la materialización de las libertades públicas y los derechos sindicales, estando ambas facultades de la persona en relación de interdependencia. Dado que las agresiones a los derechos de los sindicalistas persistían con gran ahínco —en especial el derecho a la vida, siendo los más afectados los maestros sindicalizados—, las autoridades colombianas continuaban realizando esfuerzos en procura de la anulación de la violencia en contra de los sindicatos (Gacetas 265 y 325 de 2008, Cámara; gaceta 351 de 2009, Senado).

En este sentido la reforma penal planteada por la Ley 1309 de 2009 buscaba sancionar con mayor severidad el delito de homicidio cuando se atentare contra un miembro de una asociación sindical legalmente reconocida. No obstante, cabe indicar que el aparte alusivo a “legalmente reconocida” fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-472 de 2013⁵³, por resultar esta expresión vulneradora del derecho a la igualdad (art.13) y a la asociación sindical (art. 39), en la medida que sólo reconocía protección penal a los miembros de sindicatos cuya acta de constitución hubiera sido inscrita ante el Ministerio de Trabajo —es decir a partir de la materialización de la inscripción ante la entidad administrativa para efectos de publicidad y oponibilidad—, excluyendo del ámbito de protección a los integrantes del sindicato que, si bien no ha sido inscrito ante el Ministerio de Trabajo, ya ha nacido a la vida jurídica a partir del momento de su fundación, por lo que se le debería otorgar el mismo grado de protección penal.

169. En cuanto a la Ley 1426 de 2010, en la exposición de motivos se reconoció la situación de vulnerabilidad en la que se hallan los defensores de derechos humanos debido a los riesgos derivados de la labor que realizan dirigida a la garantía y vigencia de los derechos inherentes a la persona humana, máxime en un entorno de conflicto armado como el vivido en Colombia. A su vez se registra el carácter invaluable de dicha profesión para el Estado, en la medida que coadyuva en el cumplimiento de sus obligaciones de garantía, promoción y protección de los derechos fundamentales.

Teniendo en mente el mencionado trasfondo fáctico, el Estado colombiano, haciendo uso del derecho penal, asume sus compromisos internacionales en torno al respeto y la promoción de los derechos de los defensores, con especial énfasis en los derechos a la vida, la integridad personal y el derecho de asociación (Gaceta 275 de 2010, Cámara). Basado en los mencionados razonamientos el congreso introduce el sujeto pasivo calificado del defensor de derechos humanos dentro del numeral 10° del artículo 104 del Código Penal, alusivo a las circunstancias de agravación del homicidio.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-472 de 2013. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-472-13.htm>.

170. Por último, la Ley 1326 de 2009 modificó el artículo 110 del CP atinente a las circunstancias de agravación punitiva del homicidio culposo y las lesiones personales culposas, basándose en un criterio de especialidad que incluya el deber objetivo de cuidado que ha de tener un sujeto determinado diferenciable del ciudadano común y a quien le quepa mayor responsabilidad en desarrollo de ciertas actividades, tal como se predica del agente que transporta carga pesada o pasajeros, más aún si estos son infantes.

Se pone de presente que esta modificación es respetuosa del principio de igualdad en tanto penaliza con mayor severidad supuestos de hecho distintos al caso del homicidio culposo (art. 109 CP) y lesiones personales culposas (art. 120 CP), debido a que ambos delitos regulan un supuesto fáctico focalizado en un sujeto activo común, a quien no le cabe el mismo grado de responsabilidad que a un sujeto activo calificado (Gaceta 339 de 2007, Cámara).

En conclusión, la norma agrega tres causales de agravación punitiva al homicidio culposo y a las lesiones personales culposas, concernientes a: (i) numeral 3: Si al momento de cometer la conducta el agente no tiene licencia de conducción o le ha sido suspendida por autoridad de tránsito, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad; (ii) numeral 4: Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes; (iii) numeral 5: Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes.

2.2.3. *Intervenciones en los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH: Ley 1257 de 2008*

171. En relación con la protección a las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (II), la Ley 1257 de 2008, mencionada en la sección anterior, aumentó la pena del delito de homicidio en persona protegida (art. 135 CP), al crear una nueva circunstancia de agravación punitiva en un nuevo inciso, de acuerdo con el cual la pena prevista en el artículo 135 se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando el homicidio en persona protegida se cometa contra una mujer por el hecho de ser mujer.

Como se verá más adelante, esta reforma generó un aumento punitivo indirecto que supera el límite permitido de duración de la pena de prisión, al consagrar una pena máxima de setenta y cinco (75) años, veinticinco (25) años por encima de la pena máxima permitida en la parte general del Código Penal⁵⁴.

⁵⁴ Ver *infra*, sección 3.1.2.2.4 de la segunda parte.

2.2.4. *Intervenciones en los delitos contra la libertad individual y otras garantías: Leyes 1200 y 1257 de 2008, 1309 y 1426 de 2010*

172. La Ley 1200 de 2008, tuvo como único objeto reformar el tipo de secuestro extorsivo (art. 169 CP) para ampliar su cobertura, introduciendo un nuevo inciso que castiga con la misma pena cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza. En el caso de la pena de prisión, esta ley mantiene el aumento punitivo realizado por la Ley 890 de 2004, que la había fijado en trecientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses, es decir de veintiséis coma sesenta y seis (26.66) a cuarenta y dos (42) años.

Tal adición se hace con el fin de sancionar de manera eficiente y clara el fenómeno denominado “paseo millonario”. En la exposición de motivos se argumentó que el tratamiento jurídico era confuso para el operador jurídico, puesto que existía un concurso de delitos, en este caso hurto y secuestro, donde generalmente prevalecía el secuestro. Para la corporación pública era necesario tipificar esta conducta claramente, siendo esta propuesta mantenida a lo largo del trámite legislativo y finamente aprobada en el texto definitivo de la ley (Gaceta 410 y 502 de 2006, Senado).

173. Las circunstancias de agravación punitiva de los secuestros (art. 170 CP), simple y extorsivo, se modificaron por segunda vez con la Ley 1257 de 2008. En esta ocasión se trató nuevamente del numeral 4, referido a las calidades de la víctima de los secuestros, agregando las expresiones referentes al sujeto pasivo cuando corresponde a una persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica.

174. La tercera ocasión de reforma sucedió en el 2009 mediante la Ley 1309, con la inclusión de un nuevo sujeto pasivo correspondiente al integrante de una organización sindical legalmente reconocida. La cuarta ocasión de reforma se produjo en el 2010, a través de la Ley 1426 expuesta con antelación, mediante la cual se surtió la modificación del numeral 11, atinente a la agravación punitiva del secuestro extorsivo y el simple cuando la conducta es cometida en contra de un defensor de derechos humanos.

175. Igualmente, se produce la modificación de las circunstancias de agravación punitiva de la desaparición forzada (art. 166 CP). La Ley 1309 de 2009 modificó el numeral 4 para ampliar el catálogo de las calidades de las víctimas, incrementando el espectro de protección de los sindicalistas más allá de los dirigentes de los sindicatos, como indicaba la antigua redacción del artículo, para así extender la defensa del sujeto pasivo a todos los miembros de una organización sindical legalmente reconocida, con independencia de su calidad dentro del sindicato. Es dable afirmar que esta determinación legal es desarrollo del principio de igualdad material, en atención a la situación de vulnerabilidad en la que se hallan en general los integrantes de sindicatos (Gaceta 265 de 2008, Cámara).

2.2.5. *Intervenciones en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: Leyes 1236 y 1257 de 2008, y 1329 y 1336 de 2009*

176. La Ley 1236 de 2008 realizó un aumento punitivo a casi la totalidad de delitos que integran el título IV. De acuerdo con los antecedentes legislativos, el aumento resultaba necesario debido a los efectos nocivos de la benignidad del ordenamiento jurídico ante el fenómeno de los delitos sexuales contra menores, puesto que, como se podía observar en los medios de comunicación, en los últimos años las denuncias iban en aumento (Gaceta 243 de 2006, Senado).

Frente a esta situación se hacía necesaria una actuación del órgano legislativo, sobre todo teniendo en cuenta que el acceso a los medios de comunicación pone en una situación de vulnerabilidad al menor. En el proceso legislativo se puede ver cómo fue variando a través de los debates la punición de algunos delitos, ampliándose deliberadamente la propuesta inicial cuando se realizó el primer debate en la Cámara de Representantes (Gaceta 638 de 2007, Cámara), situación que en el segundo debate se consideró desproporcionada y por lo tanto se volvieron a reducir las penas (Gaceta 349 de 2008, Cámara). Estos cambios punitivos carecieron de razonabilidad en algunos casos y con la reforma se presentaron situaciones no contempladas por los congresistas que impulsaron la modificación a los tipos del título.

Tabla número 8. Modificaciones en los marcos punitivos establecidos por la Ley 1236 de 2008⁵⁵

Art. CP	Delito	2000		Antes 2008 ⁵⁵		2008		% aumento	
		Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
205	Acceso carnal violento	8	15	10	22.5	12	20	50%	33%
206	Acto sexual violento	3	6	4	9	8	16	167%	167%
207	Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir	8	15	10.66	22.5	12	20	50%	33%
		3	6	4	9	8	16	167%	167%
208	Acceso carnal abusivo con menor de catorce años	4	8	5.3	9	12	20	200%	150%
209	Actos sexuales con menor de catorce años	3	5	4	7.5	9	13	200%	44,4%

⁵⁵ Indica el aumento realizado por la Ley 890 de 2004.

210	Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir	4	8	5.3	12	10	20	150%	150%
		3	5	4	7.5	8	16	167%	220%
213	Inducción a la prostitución	2	4	2.6	6	10	22	400%	450%
214	Constreñimiento a la prostitución	5	9	6.6	13.5	9	13	80%	44%
217	Estímulo a la prostitución de menores	6	8	8	12	10	14	67%	75%
		8	12	10.6	18	13.3	21	66,2%	75%
218	Pornografía con personas menores de 18 años	6	8	8	12	10	14	33,3%	75%
		4	12	10.6	18	13.3	21	232,5%	75%
219-A	Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años	5	10	6.6	15	10	14	50%	40%
		5	15	6.6	22.5	10	21	50%	40%

Fuente: elaboración propia

177. Tal como se muestra en la tabla anterior, no solo se registran aumentos punitivos que modifican la jerarquía de protección penal, sino que además se presentan ligeras reducciones punitivas que, luego de la revisión de los antecedentes legislativos, no fueron deliberadas. En cuanto a los aumentos, en el 2000 la conducta más grave cometida contra la integridad sexual era el acceso carnal violento, sancionado con pena de hasta quince (15) años de prisión; la reforma de 2008 estableció como conducta más grave la inducción a la prostitución, sancionada con prisión hasta de veintidós (22) años, mientras que al acceso carnal violento le fue establecida una pena máxima de prisión de veinte (20) años.

En cuanto a las reducciones este es el caso de los delitos de acceso carnal violento (art 206) y acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art 207), los cuales, con los aumentos de la Ley 890, tenían una pena máxima de veintidós coma cinco (22,5) años. Con la reforma de 2008 la pena quedó en veinte (20) años. El constreñimiento a la prostitución, que después de la reforma de la Ley 890 tenía una pena máxima de trece coma cinco (13,5) años, con la Ley 1236 se establece un valor máximo de trece (13) años, presentándose una ligera reducción en el máximo de la pena.

178. Es importante resaltar que con esta reforma se presentó un evento de falta de racionalidad y proporcionalidad a la hora de modificar los marcos punitivos de las conductas punibles del Código Penal. Se trata de las penas establecidas para los delitos de inducción a la prostitución (art. 213 CP) y constreñimiento a la prostitución (art. 214 CP), dado que a partir de la Ley 1236 de 2008 aquel tiene mayor pena

en relación con este último. Esto carece de sentido si se comprende que el verbo “constreñir” hace necesario que el resultado de compeler u obligar a la prostitución se obtenga por medio de la violencia; en cambio, el verbo “inducir” indica el engaño y persuasión de alguien para que opte por prostituirse, sin que medie violencia; tan solo artificios que hagan a la persona tomar la decisión de prostituirse.

Es dable afirmar, entonces, que en el delito de “inducción a la prostitución” la voluntad de la víctima es mediada y dirigida por otras personas, es decir, existe un vicio en el consentimiento, pero aún queda un ápice de voluntad. En cambio, en el tipo “constreñimiento a la prostitución” el factor de violencia tiene como el resultado la anulación de la voluntad, es decir, el consentimiento es inexistente. Por ello si bien ambas conductas afectan el bien jurídico tutelado y tienen una relevante significación social, la segunda interviene drásticamente la autonomía del individuo, por lo que es posible establecer que es más grave. Pero como se observa en el 2008 con la reforma de la Ley 1236, la mayor intensidad en la respuesta penal se traslada al delito de inducción a la prostitución, aumentando su pena en un cuatrocientos por ciento (400%) sin que en los antecedentes se registre algún tipo de fundamento, pues después de que se produce el aumento general en primer debate en Cámara y la reducción en el segundo (Gaceta 638 de 2007 y 349 de 2008, Cámara), este delito no vuelve a ser modificado quedando con una punición mayor.

Tabla número 9. Comparación penas de inducción y constreñimiento a la prostitución⁵⁶

Conducta punible	2000		2008 (actualidad) ⁵⁶		% aumento	
	Mín	Máx	Mín	Máx	Mín	Máx
Inducción a la prostitución (art. 213 CP)	2	4	10	22	400%	450%
Constreñimiento a la prostitución (art. 214 CP)	5	9	9	13	80%	44%

Fuente: elaboración propia

179. Por su parte, la Ley 1257 de 2008 que tiene por objeto “la adopción de normas que permitan garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional”⁵⁷, cuya motivación fue previamente expuesta, creó el delito de acoso sexual (210-A CP) estableciendo una pena de uno (1) a tres (3) años de prisión.

Así mismo modificó y adicionó las circunstancias de agravación punitiva para los delitos asociados a la violación y a los actos sexuales abusivos (art. 211 CP): en primer lugar agregó al numeral 5 los sujetos pasivos del pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, o contra cualquier persona que

⁵⁶ En ambos delitos, la última reforma registrada es la de la Ley 1236 de 2008.

⁵⁷ Artículo 1 de la mencionada ley.

de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes; en segunda instancia, modificó el numeral 7 en torno a los sujetos pasivos, incluyendo a las personas que se hallaren en situación de vulnerabilidad en razón de su etnia, ocupación u oficio; por último, adicionó el numeral 8 al art. 211 del CP, según el cual también será agravado el delito que se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad. En tercer término, incorpora a las circunstancias de agravación punitiva de los delitos de explotación sexual (art. 216 CP) las dos primeras causales referidas en la norma anterior (art. 211 del CP).

180. Por otro lado, la Ley 1329 de 2009 también introdujo modificaciones que contrarrestaran las nuevas modalidades de abuso y explotación de niños, niñas y adolescentes, en respuesta a los compromisos adquiridos por Colombia por convenios, tratados y recomendaciones que internacionalmente gobiernan la materia⁵⁸. A través de esta ley se crearon los delitos de proxenetismo con menor de edad (art. 213-A CP) y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217-A CP). Además, se propone la modificación de los tipos penales de pornografía con persona menor de 18 años (art. 218 CP) y el de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores (art. 219-A CP), siendo esta última la única aprobada.

Ahora bien, en cuanto a la profundización de las reformas particulares, la primera de ellas, atinente a la creación del delito de proxenetismo con menor de edad (art. 213-A CP), en un principio había sido diseñada en torno al art. 213 CP –delito de inducción a la prostitución⁵⁹– y tenía por objeto agregar una causal de agravación punitiva dirigida a subsanar el déficit de protección de los menores cuya edad oscila entre los 14 y los 18 años, puesto que las circunstancias de agravación aplicables a los artículos 213, 2130A y 214 sólo contemplaban la protección del sujeto pasivo menor de 14 años (Gacetas 257 y 358 de 2008, Senado).

Sin embargo, dado el restringido alcance del verbo rector “inducir” del art. 213 CP, finalmente se optó por la creación de un nuevo tipo penal que versase sobre el proxenetismo cuando se ejerza sobre menor de edad, previendo verbos rectores de mayor alcance interpretativo, correspondientes a “organizar”, “facilitar” o “participar” de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de

⁵⁸ Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada mediante la Ley 12 de 1991. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ratificado mediante la Ley 248 de 1995. Segundo Congreso Mundial contra la explotación sexual comercial de Niños, Niñas y Adolescentes.

⁵⁹ Es menester señalar que una de las propuestas del proyecto de ley 181 de 2007 Senado, 146 de 2008 Cámara, era la modificación de la denominación del art. 213, pasando de inducción a la prostitución a proxenetismo, debido a que esta nueva terminología respondía a las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales en donde se asimila la conducta a quienes se lucren, beneficieren, organicen o participen en cualquier forma de comercio carnal o la prostitución de otra persona.

otra persona menor de 18 años, con lo cual se pretende brindar mayor protección a los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual. Por este motivo se propone la creación del tipo penal de proxenetismo con menor de edad con una pena de prisión entre los catorce (14) y los veinticinco (25) años de prisión (art. 213-A CP) (Gaceta 752 de 2008, Senado).

Por otro lado, el segundo tipo creado –demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (art. 217-A CP)– tenía como propósito penalizar la conducta de los clientes en la prostitución de niños, niñas y adolescentes, de modo tal que comete dicho delito quien de manera directa o a través de tercera persona, solicite o demande tener relaciones sexuales o realizar actos sexuales con persona menor de 18 años, mediando pago o promesa de pago.

La introducción de este tipo penal respondía a la necesidad de afrontar la problemática del comercio sexual con menores de manera íntegra, de tal modo que no solamente quien ejerce actos de proxenetismo sobre niños, niñas y adolescentes ha de ser penalizado, sino que así mismo debe ser sancionado penalmente quien demanda la realización de intercambio sexual con menor de edad. La pena establecida finalmente oscila entre los catorce (14) y los veinticinco (25) años de prisión (Gaceta 463 de 2009, Cámara).

Adicionalmente, la norma crea cinco circunstancias de agravación punitiva, cuya introducción se divide en dos etapas. En un primer momento, en la exposición de motivos se introdujeron las primeras tres causales de agravación: (i) cuando la conducta es cometida por turista o viajero nacional o extranjero, dado que existe una clara interrelación entre la explotación sexual comercial infantil y el turismo, siendo la demanda de intercambio sexual con un menor la perpetuación de una forma de esclavitud en pleno siglo XXI; (ii) cuando la conducta constituyere matrimonio o convivencia, ya sea servil o forzado, debido a que en ciertas zonas del país sigue siendo bastante común la unión matrimonial o marital de hecho entre niñas o adolescentes con hombres de edad madura, a cambio de una remuneración económica otorgada a la familia de la novia; estas jóvenes son reducidas a mero objeto de negociación mientras su vida de pareja se ve limitada al desarrollo de labores domésticas y a ser fuente de placer sexual; (iii) cuando la conducta haya sido cometida por un integrante de grupo armado al margen de la ley, causal que tenía como propósito castigar esta modalidad delictiva tan recurrente en zonas rurales del territorio nacional, en la que niñas y jóvenes eran objeto de “obsequio” a miembros de grupos paramilitares y guerrilleros (Gaceta 554 de 2008, Senado).

Durante segundo debate en Cámara se agregaron las otras dos causales de agravación, concernientes a: (iv) cuando la conducta se comete sobre menor de 14 años; (v) cuando el responsable sea miembro de la familia de la víctima. Respecto a ambas adiciones no se evidencian razones puntuales en los documentos contentivos del trámite legislativo (Gaceta 463 de 2009, Cámara).

En cuanto a la propuesta de modificación surtida al tipo de pornografía con menores, en principio la Ley 1329 agregó siete verbos rectores al art. 218 CP, en desarrollo de los lineamientos del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía⁶⁰; los siete verbos corresponden a: fabricar, producir, distribuir, importar, exportar, poseer y transmitir material pornográfico en el que participen menores de edad (Gaceta 257 de 2008, Senado). En la redacción final de la norma se agrega el verbo rector grabar, sin que se registre argumento respecto a este nuevo término (Gaceta 463 de 2009, Cámara).

La adición de verbos rectores tuvo como objetivo superar el vacío legal que hacía dificultosa la judicialización de personas que se dedican a la pornografía infantil y respecto a los cuales no es posible demostrar su comercialización o producción a pesar de que se les detiene con material pornográfico infantil en su posesión (Gaceta 257 de 2008, Senado). En desconocimiento de todo lo anteriormente reseñado, la reforma al art. 218 CP sólo fue surtida a partir de la Ley 1336 de 2009, promulgada posteriormente.

181. Así mismo, se modificó por tercera vez desde su creación en el 2001 el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (art. 219-A CP). Luego del aumento punitivo del año anterior, a través de la Ley 1236 de 2008, se modifican algunos elementos en el tipo penal con la Ley 1329 de 2009. De este modo, esta ley agregó nuevos verbos rectores en el tipo penal de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, incluyendo tres verbos: “solicitar, “ofrecer” y facilitar” contacto o actividad con fines sexuales, con lo cual se pretendía el mayor alcance del delito a su autor, es decir el cliente o abusador, y a su coautor, que en el caso concreto corresponde al proxeneta o intermediario (Gaceta 257 de 2008, Senado).

182. Otra modificación al título IV del Código Penal fue realizada a través de la Ley 1336 de 2009, la cual focalizaba sus esfuerzos en dos aspectos principales: la preocupación por el turismo sexual con menores y el abuso de las tecnologías de la información y de internet en torno a la pornografía infantil (Gaceta 426 de 2007, Cámara). En cuanto a las reformas puntuales, la Ley 1339 presentó un aumento punitivo en el delito de pornografía con personas menores de 18 años (art. 218 CP). También se amplió el espectro del tipo penal al modificar el catálogo de verbos rectores de la conducta, que pasó de seis a trece, aunado a la introducción de un nuevo inciso que a su vez contempla otro verbo rector. De otra parte, esta misma ley vuelve a incorporar a la legislación penal el delito de turismo sexual (art. 219 CP), que había sido derogado por la Ley 747 de 2002.

⁶⁰ Aprobado a través de la Ley 765 de 2002.

En relación al incremento punitivo del delito de pornografía con personas menores de 18 años, durante primer debate en Senado se propuso una nueva pena de diez (10) a veinte (20) años de prisión, sin que mediase argumento concreto sobre dicho incremento (Gaceta 639 de 2010, Senado). Este aumento en el valor máximo representó un incremento del cuarenta y dos coma ocho por ciento (42,8%) respecto a la última modificación realizada por la Ley 1236 de 2008, la cual establecía un rango de sanción de diez (10) a catorce (14) años de prisión. Adicionalmente, como se indicó en párrafos precedentes, es la Ley 1339 de 2009 la responsable de la ampliación del espectro del tipo penal objetivo al incorporar siete verbos rectores y un nuevo inciso contenedor así mismo de otro verbo rector, en consonancia con lo consagrado en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía⁶¹; los verbos rectores corresponden a: fabricar, producir, distribuir, importar, exportar, poseer y transmitir material pornográfico en el que participen menores de edad, optándose por la exclusión del término comercialice presente en el texto anterior del art. 218 CP. El nuevo inciso hace referencia a la responsabilidad penal de quien alimenta con pornografía infantil bases de datos de internet, con o sin fines de lucro; quien incurra en dicha conducta será penado con la misma sanción establecida en el primer apartado del art. 218 CP, es decir diez (10) a veinte (20) años de prisión (Gaceta 639 de 2008, Senado).

Respecto al tipo penal de turismo sexual su reincorporación se surtió previendo una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión⁶². La reincorporación de este delito tiene su origen en la acotación formulada por el Plan Nacional de Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, respecto a la incoherencia sobre la derogación del susodicho delito a través de la Ley 747 de 2002, de acuerdo con la cual la derogatoria del mencionado delito disminuye la capacidad de las autoridades policiales y judiciales para contrarrestar la expansión del turismo sexual, debido a que los turistas, extranjeros o nacionales, que toman contacto con niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual, no pueden ser judicializados a menos que las víctimas sean menores de 14 años, en cuyo caso se les acusaría de abuso sexual (Gaceta 426 de 2007, Cámara).

Por último, es menester poner de presente que en un principio se había contemplado la incorporación del tipo penal almacenamiento e intercambio de pornografía infantil, corporizado en el artículo 219Bis (Gaceta 391 de 2008, Cámara). Sin embargo, durante el primer debate en Senado la propuesta fue descartada, sin

⁶¹ Aprobado a través de la Ley 765 de 2002.

⁶² El texto original del art. 219 de la Ley 599 de 2000 consagraba una pena de tres (3) a ocho (8) años de prisión. Esto significa que la reincorporación del tipo penal de turismo sexual representó un incremento del treinta y tres por ciento (33,3%) en el quantum mínimo de la sanción, mientras que el valor máximo se mantuvo.

que se explicitase la motivación de la decisión (Gaceta 639 de 2008, Senado). Aun así, es dable afirmar que su rechazo se produjo debido a la ampliación del espectro del tipo objetivo del art. 218 CP, de modo tal que resultaría poco sistemático y representaría riesgos de incurrir en una tipificación doble de una misma conducta.

2.2.6. *Intervenciones en los delitos contra la familia: Leyes 1142 y 1181 de 2007*

183. Con la Ley 1142 de 2007 se amplía el ámbito de protección del delito de violencia intrafamiliar (art. 229 CP), a través de la introducción de un párrafo en el que se consagra como sujetos activos de la conducta a quienes, no siendo parte de núcleo familiar, se encargan del cuidado de alguno de sus miembros. Además, se adicionan en el inciso segundo como sujetos sobre los que se agrava la conducta a los adultos mayores de 65 años.

La norma también tiene un impacto en el espectro punitivo de la conducta, porque, de ser castigada con una pena de dos coma seis (2,6) a siete coma cinco (7,5) años de prisión con los aumentos de la Ley 890, pasa a oscilar entre los cuatro (4) y ocho (8) años, consistiendo esto en un aumento de sesenta y cinco por ciento (65%) en el valor mínimo y veintidós coma dos por ciento (22,2 %) en el valor máximo.

Si bien en un principio sólo estaba contemplado el aumento del quantum (Gaceta 250 de 2006, Cámara), con el devenir del proceso legislativo se introdujo también una reforma estructural en el segundo inciso, incluyendo como sujetos de protección a las personas mayores de 65 años y adicionando el párrafo antes mencionado (Gaceta 124 de 2007, Senado).

184. Por otra parte, con la Ley 1181 de 2007 se amplió el ámbito de protección del delito de inasistencia alimentaria (art. 233 CP). Los cambios introducidos por esta norma, que sólo modificó este tipo, consistieron en la inclusión del compañero o compañera permanente como sujeto pasivo de la conducta, extendiendo la protección que ya tenían los cónyuges. Adicionalmente, se adicionó un párrafo donde se estipuló que para efectos del artículo se entendería por compañero y compañera permanente únicamente al hombre y la mujer que formen parte de la unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años.

Dicha reforma tuvo fundamento en la necesidad de amparar con la misma protección a las parejas que surgen tanto de un vínculo civil como el matrimonio, así como aquellas que tienen su origen en un vínculo natural como es el caso de la unión marital de hecho, forma legítima de constituir familia. Tal introducción se hizo en un escenario en el que el delito de inasistencia era un detonante de violencia intrafamiliar, siendo los alimentos reconocidos como un derecho con una obligación correlativa (Gaceta 246, 351 de 2006, Senado).

La disposición fue demandada por excluir los derechos de las parejas de mismo sexo, siendo la expresión “únicamente” declarada inexecutable a través de

la sentencia C-798 de 2008⁶³; en esta misma oportunidad también se demandaron las expresiones “compañero y compañera permanente” frente a las cuales la Corte estipuló que eran condicionalmente exequibles, entendiendo que se extienden para parejas del mismo sexo. En el mismo sentido falló la sentencia C-029 de 2009⁶⁴ reiterando la ampliación de la esfera de protección del artículo.

Cabe resaltar que la norma también consagró de manera explícita que para este delito se podía aplicar el principio de oportunidad, disposición que no está integrada a las compilaciones del texto normativo. Pese a ello, la estipulación era innecesaria pues la pena más alta contemplada para el delito no excede los seis (6) años, tiempo máximo para la aplicación del mecanismo.

2.2.7. *Intervenciones en los delitos contra el patrimonio económico: Leyes 1032 de 2006, 1142 de 2007 y 1329 y 1336 de 2009*

185. En el 2006 es promulgada la Ley 1032, la cual tuvo como fin dar respuesta al fenómeno de la piratería, una práctica ilegal que afectaba la propiedad intelectual, industrial y el sector de telecomunicaciones, pues se estaba destruyendo la propiedad e industrias culturales, además de tener un impacto económico significativo en la economía nacional (Gacetas 413 de 2004, y 363, 687 de 2005, Senado).

En los antecedentes normativos es posible constatar que en un principio el proyecto de ley solo contemplaba la protección de los derechos de autor aumentando las penas en los artículos 271 y 272 del Código Penal, siendo adicionados posteriormente dos proyectos de ley, uno para la modificación del art. 257, respecto al aumento de las penas para la protección de las telecomunicaciones, y otro para la modificación del art. 306, con el fin de extender la protección que existía para la propiedad industrial, específicamente a los derechos de los obtentores vegetales (Gaceta 363 de 2005, Senado).

Frente a este título la ley mencionada reformó las hipótesis delictivas del delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones (art. 257 CP). Según las gacetas que registran su proceso de expedición, la modificación del mencionado delito buscó combatir el fraude en las telecomunicaciones de larga distancia que sucedía por re-originación de llamadas, es decir a causa del denominado *bypass*. Además, dentro del artículo no había claridad sobre la protección del bien frente a esta hipótesis delictiva, puesto que habían sido declarados inexecutable algunos de sus apartes. Tal conducta tenía un impacto negativo para el Estado, debido a que los operadores ilegales no pagaban como

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. MP. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-798-08.htm>.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.

gravamen el cinco por ciento (5%) de los ingresos que sí cancelaban los operadores autorizados. Igualmente, este delito afectaba el buen funcionamiento del negocio para las empresas que participaron en las licitaciones del Estado y realizaban su labor conforme a derecho (Gacetas 363 y 521 de 2005, Senado).

En cuanto a la reforma, esta consistió en la adición del verbo “prestar” pues se buscaba disminuir las afectaciones anteriormente descritas producidas principalmente a través del ofrecimiento del servicio, por lo que también se introdujo la expresión “con ánimo de lucro”. Dicha inclusión se hace innecesaria puesto que un inciso posterior también penaliza las conductas que configuran la comisión del tipo cuando no hay ánimo de lucro, lo que hace que la redacción del artículo resulte en una doble tipificación de una misma conducta.

186. Posteriormente, la Ley 1142 de 2007, vuelve a modificar el delito de hurto calificado⁶⁵ (art. 240 CP) aumentando penas para las hipótesis contempladas para este tipo e incluyendo una nueva hipótesis delictiva. El incremento se presentó en todos los incisos con relación a las penas fijadas por la Ley 890 de 2004.

Respecto a la pena general pasó de tener un espectro punitivo de cuatro (4) a doce (12) años, a tener una punición de seis (6) a catorce (14) años, consistiendo esto en un aumento del cincuenta por ciento (50%) en el valor mínimo y de ocho coma tres por ciento (8,3%) en el valor máximo. Con relación al segundo inciso, que reprocha con mayor punición la violencia en el hurto, este pasa de tener una pena de cinco coma tres (5,3) a quince (15) años, a ser castigado de ocho (8) a dieciséis (16) años, lo que implicó un aumento de cincuenta y nueve por ciento (50,9%) en el mínimo y de seis coma seis por ciento (6,6%) en el máximo. El último aumento se realizó en el tercer agravante, el cual castiga más fuerte la conducta cuando se realiza sobre medio motorizado.

Dicho tipo contemplaba una pena de cinco coma tres (5,3) a doce (12) años, tras la reforma pasa a tener una pena de siete (7) a (15) quince años, lo que corresponde a un aumento del treinta y dos por ciento (32%) y veinticinco por ciento (25%) en el quantum mínimo y máximo, respectivamente.

Por otro lado, la adición consistió en la creación de una cuarta hipótesis para el delito cuando el hurto se cometiere sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

Del mismo modo, se incrementaron las penas para las circunstancias de agravación punitiva para el hurto y el hurto calificado (art. 241 CP) cambiando los criterios aplicables en estos casos: de ser agravados de una sexta parte a la mitad, pasa a ser penalizado de la mitad a las tres cuartas partes. En los antecedentes de ley inicialmente se fijaba una pena de cuatro (4) a diez (10) años, esto con el

⁶⁵ El cual había sido modificado por la Ley 813 de 2003.

fin de debilitar el circuito económico en torno a la afectación del patrimonio, en colaboración con las conductas de receptación y favorecimiento (Gaceta 250 de 2006, Senado). Sin embargo, esta reforma fue descartada, quedando en las proporciones anteriores (Gaceta 124 de 2007, Senado).

Las anteriores modificaciones se hicieron con el fin de mitigar el fenómeno del hurto, ya que en esta época eran el hurto de automotores y de celulares las conductas más cometidas, situación que necesitaba ser contenida a través de la reforma en los tipos penales concernientes al hurto (Gaceta 250 de 2006, Senado).

Por último, se modificaron las circunstancias de agravación punitiva de la estafa (art. 247), introduciendo una nueva hipótesis de agravación cuando la conducta esté relacionada con contratos de seguros o con transacciones sobre vehículos automotores. Tal adición buscaba combatir el auto-hurto para estafar a las compañías aseguradoras, motivo por el cual el legislador consideró que esta conducta debía estar tipificada con una pena especial (Gaceta 124 de 2007, Senado).

2.2.8. *Intervenciones en los delitos contra la protección de la información y de los datos: Leyes 1273 y 1288 de 2009*

187. En relación con la protección de la información y de los datos, el título VII BIS fue introducido por la Ley 1273 de 2009 y modificado posteriormente por la Ley 1288 de 2009.

Por un lado, la Ley 1273 de 2009 creó un nuevo título en el Código Penal, VII-BIS, introduciendo dos capítulos, el primero de ellos contenido de siete delitos y un listado de circunstancias de agravación punitiva, entre tanto el segundo consagró dos tipos penales. Además, se produce la derogación del art. 195 CP, en tanto esta conducta es prevista por el nuevo art. 269A CP. La propuesta legislativa buscaba aunar esfuerzos con la comunidad internacional en el combate contra la criminalidad ciberespacial, creando herramientas jurídicas para el aseguramiento del bien jurídico tutelado de la protección de la información y de los datos. El proyecto de Ley 281 de 2008 Senado, 42 de 2007 Cámara, recogía las directrices del Convenio sobre Cibercriminalidad suscrito en Budapest por los Estados Miembros del Consejo de Europa y por otros Estados firmantes.

Si bien Colombia no podía ser parte del mencionado instrumento internacional, lo cierto es que la incorporación de los principales lineamientos de este a la legislación colombiana era de suma relevancia respecto al compromiso internacional de la lucha contra del cibercrimen (Gaceta 528 de 2007, Cámara).

Ahora bien, respecto a las reformas particulares, el primer capítulo introducido versa sobre la protección a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos, en donde se agregan los siguientes tipos penales: (i) acceso abusivo a un sistema informático (art. 269A), caracterizado por el acceso

sin consentimiento a un sistema de seguridad, lo cual está asociado a otras conductas punibles; este delito cuenta con una pena de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses de prisión; (ii) obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación (art. 269B), denominado también bloqueo ilegítimo o extorsión informática, debido a que el sujeto activo de la conducta bloquea, asedia o acorrala el sistema a cambio de una remuneración; la pena privativa de la libertad oscila entre cuarenta y ocho (48) y noventa y seis (96) meses de prisión; (iii) interceptación de datos informáticos (art. 269C), conducta en la cual el sujeto activo valiéndose de medios electrónicos y sin autorización para ello, realiza la interceptación ilícita de datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o de emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que las transporte; la pena prevista para este delito es de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses de prisión; (iv) daño informático (269D), a través del cual se sanciona la obstaculización dolosa y sin autorización, contra el funcionamiento de un sistema informático; la sanción oscila entre cuarenta y ocho (48) y noventa y seis (96) meses de prisión (v) uso de software malicioso –*malware*– (art. 268E), conducta generalizada en la red informática; se establece una pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses; (vi) violación de datos personales –*hacking*– (art. 269F), con lo que se pretende salvaguardar el derecho a la autodeterminación informática, ligada a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; se consagra una pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses; (vii) suplantación de sitios web para capturar datos personales –*phishing*– (269G), dado que la conducta representa un peligro a la integridad de la información sensible del usuario, teniendo aparejadas consecuencias patrimoniales graves en la mayoría de casos; se establece una pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses.

Por otro lado, el artículo 269H introduce múltiples circunstancias de agravación punitiva las cuales no necesariamente son extensibles a todos los tipos penales reseñados en el párrafo inmediatamente anterior; las circunstancias de agravación prevén un incremento punitivo de la mitad a las tres cuartas partes.

En cuanto al segundo capítulo introducido, se formularon los siguientes delitos: (i) hurto por medios informáticos y semejantes (art. 269I), figura que complementa las descripciones típicas de los artículos 239 y siguientes del código –título VII delitos contra el patrimonio económico, capítulo I del hurto–, a las cuales se remite expresamente; (ii) transferencia no consentida de activos (art. 269J), también denominada estafa electrónica, la cual no obstante se diferencia de la estafa clásica en que no requiere la utilización de engaño por parte del sujeto activo, por ende no se exige error en el sujeto pasivo; se consagra una pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veinte (120) meses.

188. Cabe indicar que en sede de Cámara se propone la inclusión de otros dos delitos: espionaje informático y violación de reserva industrial o comercial valiéndose de medios informáticos (Gacetas 528 y 645 de 2007, Cámara), los cuales fueron rechazados en primer debate del Senado, sin que se registre la razón de tal decisión (Gaceta 275 de 2008, Senado).

189. De otra parte, dos meses después, el 5 de marzo, se creó la Ley 1288 de 2009, que tenía como propósito fortalecer el marco normativo que permitiese a las agencias que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia llevar a cabo su misión de manera transparente y efectiva, dentro del marco constitucional y con especial respeto por los derechos humanos. La Ley 1288 que modificó el derogado artículo 195 CP, cambió la pena de multa a prisión de cinco (5) a ocho (8) años, a pesar de que el susodicho artículo había sido excluido del ordenamiento jurídico a raíz del art. 4 de la Ley 1273 de 2009, por ende generándose una imposibilidad legislativa por inexistencia de la norma a regular. En la actualidad, el artículo 195 CP se mantiene derogado.

En todo caso, es pertinente señalar que el año siguiente la Ley 1288 de 2009 fue declarada inexecutable en su totalidad a través de la sentencia C-913 de 2010⁶⁶, debido a que la mencionada norma había sido expedida como una ley ordinaria cuando debió haber sido promulgada cumpliendo el procedimiento especial de una ley estatutaria, en la medida que todo su articulado legal regulaba aspectos elementales del núcleo esencial de los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data*, dado que actualizaba y reconfiguraba el contenido de tales derechos, constituyéndose en un desarrollo integral de los mismos.

2.2.9. *Intervenciones en los delitos contra los derechos de autor: Ley 1032 de 2006*

190. En relación con la protección a los derechos de autor (VIII), la Ley 1032 de 2006 aumentó las penas de los delitos de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (art. 271 CP) y de violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (art. 272 CP). De tener una pena que oscilaba entre los dos (2) y cinco (5) años, pasa a tener una sanción de cuatro (4) a ocho (8) años, consistiendo esto en un aumento del cien por ciento (100%) en el valor mínimo y del sesenta por ciento (60%) en el máximo.

Dicho incremento tuvo fundamento en la crisis de la industria fonográfica y de la industria editorial que se veían afectadas por la piratería. En el caso de la industria fonográfica, además de estar afectada por la creciente expansión del internet, sufría las consecuencias de la reproducción ilegal del trabajo de los artistas, desincentivando la creación. Respecto a la industria editorial ésta se veía perjudicada por la reproducción ilegal, piratería *offset*, así como por el fenómeno del fotocopiado también denominado piratería reprográfica. Tal situación hacía necesario un aumento en las penas para así prevenir la comisión de los referidos delitos (Gaceta 413 de 2004, Senado).

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-913 de 2010. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-913-10.htm>.

2.2.10. *Intervenciones en los delitos contra la fe pública: Ley 1142 de 2007*

191. Respecto a la protección de la fe pública (IX), la Ley 1142 de 2007 creó una nueva hipótesis delictiva y aumentó las penas de los delitos de uso de documento falso (art. 291 CP) y de las circunstancias de agravación punitiva relacionadas con los delitos de falsedad en documentos (art. 290 CP). Con relación al primero se adiciona un nuevo inciso, el cual contempla que cuando la conducta se realice sobre documentos relacionados con medios motorizados se incrementará en la mitad, además, se aumenta el quantum mínimo de la pena de dos coma cuatro (2,4) a cuatro (4) años consistiendo esto en un incremento de sesenta y seis coma seis por ciento (66,6 %) del valor inicial. Respecto al segundo se agregó una circunstancia de agravación punitiva que previó un aumento en las tres cuartas partes de la pena cuando la conducta se realiza sobre documentos relacionados con medios motorizados. No se expuso alguna motivación que fundamentara tal adición, que tan sólo aparece en la propuesta durante el segundo debate ante el Senado (Gaceta 124 de 2007, Senado).

2.2.11. *Intervenciones en los delitos contra el orden económico y social: Leyes 1028, 1032, 1111, 1121 de 2006, 1142 de 2007, 1357 de 2009 y 1393 de 2010*

192. La Ley 1028 de 2006 incorporó a la legislación penal ordinaria un nuevo capítulo al título X, denominado “Del apoderamiento de los hidrocarburos y otras infracciones”. Si se analiza el trámite legislativo de la norma se comprende que hubo dos razones fundamentales para su expedición. En primer lugar, la necesidad de dar orden y coherencia al sistema jurídico penal, puesto que el apoderamiento de hidrocarburos, si bien ya era un delito, no estaba incorporado en el Código Penal y su vigencia era transitoria, con lo cual se planteaba como necesario adicionarlo y establecerlo de forma permanente. En segundo lugar, la creación de todo el capítulo obedece a la necesidad de controlar la sustracción ilegal y el contrabando de hidrocarburos, puesto que generaba consecuencias negativas para la infraestructura petrolera y la economía nacional (Gacetas 183 y 293 de 2005, Senado). Se expuso además que tal delito no podía seguirse tipificando como un simple delito de hurto, dado que la criminalidad organizada responsable de los daños y las circunstancias que rodean su comisión demandan un tratamiento penal diferente (Gacetas 183, 293, 538 de 2005, Senado; 838 de 2005, Cámara).

Así, en esa oportunidad se crearon los siguientes delitos: apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan (art. 327-A CP), apoderamiento o alteración de sistemas de identificación (art. 327-B CP) –pese a que ya Ecopetrol había creado un sistema de protección, este no era eficiente–, receptación (art. 327-C CP), destinación ilegal de combustibles (art. 327-D CP) y circunstancias de agravación punitiva aplicables a estos delitos (327-E CP).

Respecto a la pena impuesta, el legislador buscó que guardara proporcionalidad con los aumentos previamente incorporados por la Ley 890, siguiendo la regla de aumentar un tercio al mínimo y la mitad al máximo, tomando como base los valores que regían transitoriamente, siendo la pena consagrada para el delito 327-A de ocho (8) a quince (15) años⁶⁷. Finalmente, la norma dispuso la forma como debe proceder la fiscalía con el combustible recuperado.

193. Posteriormente, la Ley 1032 agregó como objeto de protección los derechos de los obtentores de variedades vegetales al tipo de usurpación de derechos de propiedad industrial (art 306 CP), modificación que no solo se evidenció en el título sino en todo el cuerpo del artículo. Las razones de la inclusión fueron la necesidad de especificar tal protección, pues no era del todo claro que tales derechos estuvieran incluidos como derechos de propiedad industrial.

Pese a que era palpable que se buscaba la protección de los derechos económicos que tiene el obtentor por la creación o mejoramiento de especies, fue de amplia discusión el alcance de la medida, teniendo como resultado que dos modificaciones no fueran aprobadas. Por un lado, el hecho de que los pequeños campesinos no fueran penalizados por producir en una pequeña escala con tales variedades vegetales, propuesta que no fue tenida en cuenta por el legislador; por el otro, la posibilidad de que en el caso de que el lucro no fuera superior a treinta (30) salarios, la pena se rebajara a la mitad, siendo dicha propuesta descartada en la conciliación y por ende no resultando en el texto finalmente aprobado. Este artículo fue demandado pues dicha medida al restringir el uso de semillas podría afectar la diversidad cultural. En la sentencia C-501 de 2014⁶⁸, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de tal medida en el entendido de que lo que se castiga es la usurpación violenta y no la utilización que se asocia con los usos y costumbres.

194. Por otra parte, si bien con la Ley 1111 de 2006 se buscó reformar primariamente el sistema fiscal, que no respondía a las necesidades de la Constitución de 1991 por ser obsoleto, ineficaz e insostenible (Gaceta 262 de 2006, Cámara) esta tuvo un impacto en algunos artículos del Código Penal.

La intervención se basó en el aumento de las penas de multa para los delitos de evasión fiscal (art. 313 CP), favorecimiento y facilitación del contrabando (art. 320 CP), favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (art. 320-1 CP), excluyendo el aumento general de las penas realizado por la Ley 890 de 2004. En el caso de los dos últimos delitos, es la segunda vez que son objeto de una reforma penal⁶⁹.

⁶⁷ Cabe indicar que tal análisis no se realizó para las otras hipótesis normativas (Gaceta 293 y 539 de 2005, Senado).

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-501 de 2014. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-501-14.htm>.

⁶⁹ La tercera y última registrada se presenta en el tercer periodo, a través de la Ley 1762 de 2015.

La modificación en la pena se limitó a fijar el UVT, unidad de valor tributario, como unidad para cuantificar el monto de la multa, que debía actualizarse anualmente, lo que representó un aumento significativo en el quantum. En relación al delito de evasión se pretendía crear un nuevo artículo del Código Penal que penalizara la conducta de disminuir el valor a pagar o aumentar el saldo a favor, de tributos del orden nacional administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales valiéndose de cualquier medio fraudulento. Sin embargo, tal adición fue descartada, sin que se extraiga un argumento puntual de los documentos que dan cuenta del trámite legislativo (Gaceta 662 de 2006, Senado).

195. Adicionalmente, el título X fue modificado en el año 2006 a través la Ley 1121, norma que tenía como propósito la creación de medidas adecuadas para afrontar el fenómeno del terrorismo. Siguiendo lo afirmado en la exposición de motivos, la regulación propuesta no buscaba como tal la introducción de nuevas hipótesis delictivas para combatir la mencionada problemática, sino que optaba por la reforma de los tipos penales preexistentes con miras a adecuarlos a lo consignado en los compromisos internacionales asumidos por Colombia en torno a la lucha contra el terrorismo (Gacetas 132 y 137 de 2006, Senado). A partir de las medidas penales adoptadas para afrontar el fenómeno del terrorismo se reformaron diferentes títulos del código como el orden público, la seguridad pública y la recta administración de justicia.

Antes de ahondar en las modificaciones particulares, es pertinente señalar que la medida legislativa adoptada no afectó directamente el delito de terrorismo (art. 343 CP), sino que reformó los tipos que dentro de su hipótesis contienen delitos conexos relacionados con el terrorismo. En este sentido, nuevamente se modifica el delito de lavado de activos (art. 323 CP), ampliando el catálogo de delitos base⁷⁰ constitutivos de dicho tipo penal, de modo tal que la conducta de lavado de activos se amplió con la inclusión de los delitos de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

196. En el 2007 a través de la Ley 1142 de 2007, se modificaron los delitos de usura (art. 305 CP) y ejercicio ilícito de actividad monopolística (art 312 CP). En el primer caso se creó un inciso que establecía una nueva hipótesis delictiva consistente en el aumento de la pena de la mitad a las tres cuartas partes, cuando la utilidad o ventaja triplique el interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces. En el segundo caso, la modificación consistió en aumento punitivo en la pena máxima. De tener una pena de siete coma cinco (7,5) años pasa a tener una pena de ocho (8) años, consistiendo esto en un aumento de seis coma seis por ciento (6,6%).

⁷⁰ Anteriormente se habían incorporado algunos delitos relacionados con la trata de personas con la Ley 733 de 2002.

197. A partir de la Ley 1357 de 2009 se surten nuevas modificaciones al título X. Esta iniciativa surge de la preocupación gubernamental ante la proliferación de entidades focalizadas en el desarrollo de actividades de captación masiva de dinero del público, sin que medie permiso de la autoridad competente. Se sostuvo, por tanto, que la captación ilegal requiere un tratamiento normativo especial que sea más fuerte en cuanto a consecuencias punitivas se refiere, para que haya proporcionalidad entre daño causado y sanción prevista (Gaceta 639 de 2008, Senado).

En relación con las reformas particulares, la Ley 1357 de 2009 incorporó a la legislación penal ordinaria dos nuevos delitos y modificó otros dos. Creó el delito ubicado en el artículo 316-A CP –carente de *nomen iuris*–, consistente en la criminalización de la no reintegración del dinero captado ilegalmente, de acuerdo con el artículo 316 CP, imponiéndole una pena de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión, sanción que será en todo caso adicional a la impuesta en virtud del artículo inmediatamente anterior (Gaceta 421 de 2009, Senado).

Creó, así mismo, el delito de omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (art. 325-A CP). En primer debate en Senado se afirma que a partir del reporte emitido por los sujetos obligados se activan los mecanismos de detección, control e investigación del lavado de activos y la financiación del terrorismo, grandes fenómenos cuyo desarrollo está vinculado a la captación masiva de recursos. Por ende, resulta de suma importancia el reporte realizado a la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF–, con miras a garantizar una respuesta eficaz y oportuna del Estado contra ambos delitos transnacionales.

Es importante resaltar que el tipo creado aplica a sujetos distintos a los empleados o directores de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, puesto que en dichos casos continuará aplicándose el tipo penal previsto en el artículo 325 del CP –omisión de control– (Gaceta 639 de 2008, Senado).

En cuanto a la sanción penal, en principio se propone una pena de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses de prisión (Gaceta 639 de 2008, Senado), pena que en última instancia es aprobada dentro de un rango de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses de prisión (Gacetas 421 y 1119 de 2009, Senado).

De otra parte, los delitos modificados fueron, de un lado, el de captación masiva y habitual de dineros (art. 316 CP) al que le ampliaron el catálogo de verbos rectores de la conducta –de 1 a 7–, le crearon una nueva hipótesis delictiva y le aumentaron la pena. En primer lugar, el texto original del art. 316 CP poseía un solo verbo rector correspondiente a captar dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente. Entre tanto la Ley 1357 de 2009 agregó siete (7) verbos rectores, a saber: desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, colaborar o realizar cualquier otro acto para captar dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa

autorización de la autoridad competente. Este nuevo alcance de la ley se realiza adoptando lo establecido en el Decreto 4336 de 2008, dictado con fundamento en la declaratoria de estado de emergencia económica y social decretada en noviembre de 2008 (Decreto 4333 de 2008).

En segunda instancia, en lo que al incremento de la pena respecta, se observa que en un primer momento se planteó un aumento de la pena mínima a sesenta y un (61) meses, y en la máxima a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, arguyendo que dicha determinación se ajustaba en forma proporcional y necesaria a la gravedad del daño causado con la comisión del punible, de modo tal que el delito se torna no excarcelable, en oposición a lo que sucedía con la norma original (Gaceta 881 de 2008, Senado).

A pesar del reconocimiento del debate sobre de la proporcionalidad existente entre gravedad de la conducta y la pena aplicable, presente en la propuesta inicial del primer debate en Senado, esta misma corporación decidió variar la sanción y consagrar una pena de prisión oscilante entre ciento veinte (120) y doscientos cuarenta (240) meses, es decir diez (10) a veinte (20) años de prisión, correspondiente a la finalmente aprobada (Gaceta 421 de 2009, Senado). En esa medida la sanción incrementó en un doscientos ochenta y cuatro coma seis (284,6%) en el quantum mínimo y ciento veintidós coma dos por ciento (122,2%) en la pena máxima, respecto a las penas aumentadas por la Ley 890 de 2004.

Igualmente, se reformó el delito de omisión de control (art. 325 CP), al que le modificaron el sujeto activo y adicionalmente le aumentaron la pena. En cuanto a lo primero, se modificó el sujeto activo calificado para así abarcar a más sujetos por su función directa en actividades de ahorro y crédito, determinando que serían responsables penalmente el administrador, representante legal, miembro de junta directiva o empleado de institución financiera o de cooperativas que ejerzan las actividades indicadas (Gaceta 1069 de 2009, Cámara). Respecto a lo segundo, se consagró una pena de prisión entre los treinta y ocho (38) y los ciento veintiocho (128) meses, equivalente a tres coma dieciséis (3,16) y diez coma sesenta y seis (10,66) años de prisión (Gaceta 421 de 2009, Senado). Lo precedente significó un incremento del veintiuno coma cinco por ciento (21,5%) en el valor mínimo de la sanción y del diez y ocho coma cuatro por ciento (18,4%) en el quantum máximo, en relación con las penas introducidas por la Ley 890 de 2004.

198. Es importante destacar que el incremento en las penas del delito de captación de recursos del público (art. 316 CP), tuvo como objetivo excluirlo de los beneficios penales y las penas sustitutivas frente a la privación de la libertad en establecimiento carcelario (Gaceta 639 de 2008, Senado). Respecto a esto último, resulta relevante la reflexión planteada durante primer debate en Senado en torno a la cuestión de aumento de penas, recordando la posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 5 de noviembre de 2008, llamó la atención del Gobierno Nacional de Congreso de la República en relación con el uso

indiscriminado e infundado de aumentos punitivos como forma de control social, habiendo otros mecanismos administrativos que pueden sustituirlo y representan una amenaza menor a garantías constitucionales como la igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad (Gaceta 881 de 2008, Senado).

199. Finalmente, la Ley 1393 vuelve a modificar el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (art. 312 CP), que había sido modificado en el 2007, a través de la Ley 1142. En este caso se trató de un aumento punitivo. Antes que nada, es necesario mencionar que la Ley 1393 se presenta como un cúmulo de medidas para hacer frente al deterioro financiero del sistema de salud, generado en el déficit de recursos destinados a su sostenimiento, la necesidad de asegurar la cobertura universal y la obligación de unificar los planes de beneficios dentro de un modelo de transición, en cumplimiento de lo señalado en la sentencia T-760 de 2008 por la Corte Constitucional⁷¹.

En ese sentido, se requería la determinación de nuevas fuentes de recursos, sumado a la potenciación y optimización de los existentes, especialmente a través de medidas integrales que permitiesen ejercer un control eficaz a la evasión y elusión en el pago de las cotizaciones, vinculado también a la reorientación de los recursos al interior del sistema (Gaceta 128 de 2010, Senado). Ahora bien, en cuanto a la reforma particular del art. 312 CP, el aumento punitivo fue propuesto durante segundo debate en sede del Senado, estableciendo una pena de seis (6) a ocho (8) años de prisión, sin que se brindasen argumentos específicos para su incremento (Gaceta 317 de 2010, Senado). Este incremento representó un aumento del treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el quantum mínimo, sin que se efectuaran variaciones en el valor máximo de la sanción, respecto a la pena establecida por la Ley 1142 de 2007.

2.2.12. Intervenciones en los delitos contra la seguridad pública: Leyes 1121 de 2006, 1142 de 2007 y 1426 de 2010

200. La primera reforma fue por cuenta de la Ley 1121 de 2006, la cual modificó el delito de concierto para delinquir (art. 340 CP), aumentando la pena de multa del segundo inciso y ampliando el catálogo de delitos que agravan la asociación ilícita, pues se incluye el terrorismo dentro de los delitos conexos que son la base del concierto para delinquir.

Del mismo modo, la ley modificó el delito de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas (art. 345 CP), aumentando la pena y ampliando el catálogo de verbos rectores de la conducta. Así, se amplía el espectro de conductas punibles, pasando de penalizar la mera administración a regular penalmente trece (13) verbos más: de forma directa o

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>.

indirecta castiga al que recolecte, entregue, reciba, administre, aporte, custodie o guarde fondos, bienes o recursos, o realice cualquier otro acto que promueva, organice, apoye, mantenga, financie o sostenga económicamente a grupos armados al margen de la ley o a sus integrantes, o a grupos terroristas nacionales o extranjeros, o a terroristas nacionales o extranjeros, o a actividades terroristas.

Las penas de multa y privativa de la libertad también se aumentaron. Esta última pasó de sancionar entre ocho (8) y dieciocho (18) años teniendo en cuenta los aumentos generales de la Ley 890, a castigar la infracción con una pena de trece (13) veintidós a (22) años, un aumento del sesenta y cinco coma seis por ciento (65,6%) en el valor mínimo y del veintidós coma dos por ciento (22,2 %) en el máximo.

Las reformas introducidas por esta ley tenían la finalidad de evitar la financiación de actividades terroristas y relacionadas con el terrorismo. En el caso concreto las modificaciones obedecen a la necesidad de reprender con mayor severidad las conductas que promueven y hacen posible la comisión del delito (Gacetas 132 y 137 de 2006, Senado).

201. Por otro lado, a través de la Ley 1142 de 2007, se realiza un aumento punitivo del delito de amenazas (art. 347 CP), el cual en principio preveía una pena que oscilaba entre uno coma tres (1, 3) y seis (6) años de prisión, pasando a tener una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, lo cual representó un incremento del doscientos siete coma siete por ciento (207, 7%) en el mínimo y del treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el máximo.

También se modificó la estructura del tipo, pues la conducta establecía un elemento especial para la realización de la conducta, que consistía en que se ejecutara por un medio apto para la difusión del pensamiento. La norma suprimió dicho elemento, prescribiendo que el delito se podía realizar a través de cualquier medio. En la exposición de motivos se afirma que la norma busca hacer posible la sanción de las amenazas diversas a las verbales o escritas (Gaceta 250 de 2006, Cámara).

Con la misma ley se aumenta la pena de los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (art. 365 CP) consistente en los mismos valores del aumento generalizado propuesto por la norma, reformando así el espectro punitivo con los mismos valores que el tipo anterior. La finalidad de tal incremento también fue la posibilidad de la aplicación de la medida de detención preventiva (Gaceta 250 de 2006). Respecto al segundo inciso, que penaliza esta conducta agravada, se pensó en disminuir la punición, pues en el primer debate ante la Cámara se calificó como exagerada; sin embargo, esta propuesta no fue aprobada (Gaceta 618 de 2006, Cámara).

Siguiendo la misma línea, se modifica el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (art. 366 CP); la reforma al tipo en la parte descriptiva consistió en la introducción del objeto material “explosivos”, puesto que dichos elementos no

pueden asimilarse a armas de uso personal. En la parte punitiva se aumentó la sanción prevista inicialmente por el código reformada por la Ley 890 de 2004 –correspondiente a una pena de cuatro (4) a quince (15) años–, fijándose una pena de cinco (5) a quince (15) años de prisión, consistiendo lo anterior en un aumento de veinticinco por ciento (25%) respecto al valor del quantum mínimo.

202. Por último, a través de la Ley 1426 de 2010 se vuelve a modificar el delito de amenazas (art. 347 CP), que había sido modificado en el 2007 por la Ley 1142. En esta ocasión no se trata de un aumento punitivo, sino la ampliación del espectro del tipo. Es menester señalar que, en principio la normatividad hacía alusión exclusiva a los defensores de derechos humanos; no obstante, a partir del segundo debate en Senado se adiciona, además de los defensores de derechos humanos a los periodistas como sujetos pasivos calificados, mediante la modificación del inciso 2° del artículo 347 de la Ley 599 de 2000. Esta ampliación de los sujetos protegidos se realiza debido a la situación de vulnerabilidad en la que también se encuentran los periodistas, sobre todo por su labor de denuncia pública ante la violación de garantías fundamentales (Gaceta 989 de 2010, Senado).

2.2.13. Intervenciones en los delitos contra la salud pública: Leyes 1120 de 2008 y 1311 de 2009

203. La Ley 1220 de 2008 presentó una reforma generalizada de los tipos penales del capítulo I –de las afectaciones a la salud pública– del título XIII –de los delitos contra la salud pública–. Las razones del aumento obedecieron a la posibilidad de aplicar la medida de detención preventiva frente a las conductas que afecten el bien jurídico de la salud pública las cuales se vienen presentando “por la ausencia de una rigurosa normatividad penal que establezca penas severas para esta clase de delito” (Gaceta 296 de 2006, Cámara). Si bien ya había un aumento generalizado de penas, estas todavía no tenían el quantum requerido: cuatro (4) años para hacer posible la aplicación de dicho mecanismo (Gaceta 296 de 2006, Cámara).

En su momento se sostuvo que tal medida resultaba importante porque, además de generar el efecto disuasorio para evitar la comisión de las conductas, reforzaba la protección de los ciudadanos y de la industria farmacéutica (Gaceta 296 de 2006, Cámara). En el proyecto de ley inicial sólo se contemplaba el aumento para los artículos 372, 373 y 374, fijando penas con espectros punitivos entre cinco (5) y doce (12) años.

Además, se pensaba introducir al artículo 373 un párrafo aclaratorio respecto a la no punición de la imitación cuando se trataba de medicamentos genéricos que habían obtenido registro y se producían legalmente, pero su obvedad hizo que posteriormente fuera suprimido. En el segundo debate en Cámara son adicionadas las reformas a los otros artículos, estableciéndoles un marco punitivo que se mantiene hasta que es aprobada y promulgada la ley (Gaceta 519 de 2006, Cámara). Finalmente, en primer debate ante el Senado quedan definidas las

modificaciones punitivas para todos los delitos (Gaceta 162 de 2007, Senado). Cabe resaltar que en la exposición de motivos no se especifica cómo cada conducta se está viendo afectada, sino que se realiza una observación genérica sobre porqué la falsificación de productos y otras conductas deberían tener una mayor punición que otros delitos del código, como algunos que afectan el patrimonio económico (Gaceta 519 de 2006, Cámara y Gaceta 162 de 2007, Senado).

De los ocho (8) delitos que componen ese capítulo, la mencionada ley reformó siete (7)⁷², como se ve en la tabla que viene a continuación:

Tabla número 10. Aumentos punitivos de la Ley 1220 de 2008

Tipo penal		2000-2004		2004-2008		2008-actualidad		%	
		Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Min	Max
368	Violación de medidas sanitarias	1	3	1.33	4.5	4	8	300%	167%
369	Propagación de epidemia	1	5	1.33	7.5	4	10	300%	50%
370	Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis B	3	8	4	12	6	12	100%	50%
371	Contaminación de aguas	1	5	1.33	7.5	4	10	300%	50%
		1	3	1.33	4.5	4	8	300%	167%
		1.3	7.5	1.77	11.25	5.33	15	310%	100%
		1,3	4.5	1.77	6.75	5.33	12	310%	166%
372	Corrupción de alimentos, productos médicos y material profiláctico	2	8	2.66	12	5	12	150%	50%
		2	12	2.66	18	5	18	150%	50%
		5	10	6.66	15	8	15	60%	50%
373	Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias	2	6	2.66	9	5	11	150%	83,3%
374	Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud	2	6	2.66	9	5	11	150%	83,3%

Fuente: elaboración propia.

204. Por su parte, la Ley 1311 de 2009 creó dos nuevos delitos: uso, construcción comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles (art. 377A CP) y su modalidad agravada (art. 377B CP). La incorporación de estos dos nuevos tipos penales se enmarcó en la política de seguridad democrática y la persecución de actividades ilícitas desarrolladas por las entonces denominadas organizaciones narcoterroristas, particularmente respecto al delito de tráfico de estupefacientes mediante la utilización de semisumergibles (Gaceta 523 de 2008, Senado).

⁷² El excluido es el artículo 374-A, enajenación ilegal de medicamentos, que fue introducido posteriormente en la legislación penal a través de la Ley 1453 de 2011.

Durante el primer debate en Senado se indica que, si bien el Código Penal en su artículo 377 prevé el delito de destinación ilícita de muebles o inmuebles, a través del cual se podría penalizar la destinación ilícita de los mencionados aparatos acuáticos, lo cierto es que la incorporación de los dos nuevos tipos penales representaba un tipo más idóneo para la persecución penal, en tanto el hundimiento de los semisumergibles representa la destrucción de la prueba, lo cual termina dificultando la labor persecutoria del Estado (Gaceta 690 de 2008, Senado).

En un principio, la norma propuesta hacía alusión al fin ilícito con el que se debía realizar la construcción, comercialización, tenencia o transporte de plataformas semisumergibles (Gaceta 523 de 2008, Senado). Sin embargo, a partir del debate en sede de Senado se excluye la referencia al fin ilícito, mientras se sustituye por la ausencia de autorización de la autoridad competente en la realización de las conductas descritas por el tipo penal consignado en el art. 377A del CP, sin que tampoco se haga alusión alguna a la destinación del sumergible o el semisumergible al tráfico de estupefacientes (Gaceta 690 de 2008, Senado).

En la actualidad, la modalidad agravada de esta conducta punible es más grave que la modalidad agravada de tráfico de estupefacientes, y, con ello, es el delito con mayor castigo de los establecidos en el capítulo II del título XIII. Esto, desde el punto de vista de la proporcionalidad de las penas, es cuestionable, en especial si se considera comparativamente la estructura del mismo (delito de peligro abstracto) y magnitud del daño que esta conducta, en sí misma, puede causar.

2.2.14. *Intervención en los delitos contra los mecanismos de participación democrática: Ley 1142 de 2007*

205. En relación con la protección de los mecanismos de participación democrática (XIV), la Ley 1142 de 2007 aumentó las penas de los seis (6) delitos que se ven a continuación:

Tabla número 11. Aumentos punitivos en los delitos contra la participación democrática, Ley 1142 de 2007

Tipo penal		2000-2004		2004-2007		2007-actualidad		%	
		Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín	Máx
386	Perturbación de certamen democrático	2	6	2.66	9	4	9	100%	50%
		4	8	5.33	12	6	12	50%	50%
		2.66	9	3.54	13.5	5.33	13.5	90%	50%
		5.33	12	7.10	18	8	18	51%	50%
388	Fraude al sufragante	1	4	1.33	6	4	8	300%	100%
391	Voto fraudulento	1	4	1.33	6	4	8	300%	100%

392	Favorecimiento de voto fraudulento	1	4	1.33	6	4	8	300%	100%
394	Alteración de resultados electorales	2	5	2.66	7.5	4	8	100%	60%
		2.66	7.5	3.54	11.25	5.3	12	105%	60%
395	Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula	1	3	1.33	4.5	4	8	300%	167%

Fuente: elaboración propia.

Tal aumento tuvo como finalidad combatir la conducta de quienes compran y venden votos. Según los ponentes del proyecto de ley, “la seguridad ciudadana se ve alterada cuando personas inescrupulosas atentan contra los resultados legítimos de los certámenes democráticos” (Gaceta 250 de 2006, Cámara). Los aumentos que se introdujeron, además, buscaron hacer posible la aplicación de la medida de detención preventiva (Gaceta 250 de 2006, Cámara).

En el caso del art 386 CP, perturbación a certamen democrático, el proyecto de ley inicial establecía una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, sin tener en cuenta que con la Ley 890 se había dejado la punición del delito con un espectro punitivo entre dos coma cuatro (2,4) y nueve (9) años (Gaceta 250 de 2006, Cámara). Posteriormente, se modifica el espectro punitivo, dejando vigente la pena máxima y fijando, como se tenía previsto, la mínima en cuatro (4) años (Gaceta 124 de 2007, Senado).

Ha de tenerse en cuenta que esta ha sido la única reforma, aparte del aumento general de la Ley 890 de 2004, que ha tenido este título.

2.2.15. *Intervenciones en los delitos contra la administración pública: Ley 1288 de 2009*

206. Con la Ley 1288 de 2009 se crearon los delitos de revelación de secreto culposa (art. 418-B CP) y otro, sin *nomen iuris*, relacionado con la revelación de la identidad de agentes de inteligencia (art. 429-B CP), basándose en la disuasión de la normatividad penal para asegurar la reserva de información de las agencias de inteligencia y contrainteligencia (Gaceta 554 de 2007, Senado). Estos tipos penales, sin embargo, fueron expulsados del ordenamiento jurídico, debido a que la sentencia C-913 de 2010⁷³ declaró inexecutable en su integridad la ley que los incorporaba a la legislación penal.

2.2.16. *Intervenciones en los delitos contra la protección a la impartición de justicia: Leyes 1121 de 2006 y 1142 de 2007*

207. La Ley 1121 de 2006 modificó el delito de omisión de denuncia de particular (art. 441 CP), ampliando el catálogo de delitos que configuran la omisión, adicionando

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-913 de 2010. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-913-10.htm>.

el terrorismo y la financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, las cuales fueron conductas también intervenidas por esta ley.

La norma además aumentó la pena privativa de la libertad: de tener una sanción que oscilaba entre los dos coma seis (2,6) y siete coma cinco (7,5) años de prisión con la reforma de la Ley 890, pasa de tres (3) a ocho (8) años, un aumento de quince coma tres por ciento (15,3%) en el quantum mínimo y de seis coma seis por ciento (6,6%) en el máximo.

La reforma tenía como finalidad evitar la financiación de actividades terroristas y relacionadas con el terrorismo y en este caso, las modificaciones obedecen a la necesidad de castigar con mayor contundencia las conductas que hacen posible la comisión del delito (Gacetas 132 y 137 de 2006, Senado).

208. Respecto a la Ley 1142 de 2007, esta norma amplió el espectro de la conducta y aumentó las penas del delito de receptación (art. 447 CP). El proyecto de ley en un principio contempló una reforma que establecía una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, un espectro de punición estandarizado para la mayoría de los tipos reformados, con el fin de hacer posible la aplicación de la detención preventiva, teniendo en cuenta que este delito en conjunto con el hurto y el favorecimiento, afectaban el bien jurídico del patrimonio económico.

Según la exposición de motivos de esta ley, el favorecimiento es ideal para encubrir la conducta, pues permite obtener el provecho sin riesgo de ser descubierto (Gaceta 250 de 2006). Sin embargo, los ponentes no tuvieron en cuenta que esta pena que preveían de manera general, en el caso de este delito era inferior a la establecida con los aumentos de la Ley 890 de 2004, la cual fijó una pena de dos coma seis (2,6) a doce (12) años. Posteriormente, se corrige tal desajuste reformando solo el valor mínimo con una pena de cuatro (4) años, lo que corresponde a un aumento del cincuenta coma tres por ciento (50,3%).

Pese a ello, durante el segundo debate en el Senado se adicionan otros objetos materiales sobre los que se agrava la conducta: cuando recae sobre bienes u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la producción y conducción de energía eléctrica y gas domiciliario. No obstante, en este caso se establece una pena de cinco (5) a doce (12) años, estando la anterior –la aumentada por la Ley 890 de 2004– en un rango entre los cinco coma tres (5,3) y doce (12) años (Gaceta 124 de 2007, Senado). Tal situación, al igual que en el caso anterior, fue corregida y en el acta de conciliación aparece una pena de seis (6) a trece (13) años, aumentado veinte por ciento (20%) en el mínimo y ocho coma tres por ciento (8,3%) en el máximo (Gaceta 286 de 2007, Senado).

2.2.17. Las Leyes de seguridad ciudadana y la reforma al derecho penal (i). El caso de la Ley 1142 de 2007

209. La Ley 1142 tuvo como principal finalidad la prevención y represión de las conductas que afectaban gravemente la convivencia ciudadana, como son

aquellas lesivas del núcleo familiar y los menores de edad, calidad de vida de los ciudadanos, su actividad económica lícita y la confianza de los mismos en la administración de justicia (Gaceta 250 de 2006 Cámara). Para ello introduce una serie de reformas que impactan de manera estructural el Código Penal y el código de procedimiento penal.

Con relación a la parte especial del Código Penal, son varios los delitos intervenidos, siendo esta la reforma de mayor relevancia en el segundo lustro de vigencia del Código Penal, pues se afectan siete (7) títulos del código. La ley en un principio solo preveía reformas en materia procesal, violencia intrafamiliar, en los tipos de hurto y receptación, las amenazas y en los delitos que buscan proteger los mecanismos electorales (Gaceta 250 de 2006, cámara). En el primer debate ante el Senado son reformados un cúmulo de delitos con el fin acumular otros dos proyectos que buscaban proteger bienes similares. Las reformas consistieron en aumentar las penas para hacer posible la imposición como medida de aseguramiento la detención preventiva.

En todo caso, lo más llamativo de esta ley fue la creación del artículo 68-A en el Código Penal, sobre exclusión de beneficios y subrogados penales para un conjunto amplio de delitos que hayan sido cometidos de manera dolosa y preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

2.2.18. *Síntesis del periodo: 2006-2010*

210. La síntesis es la siguiente:

Tabla número 12. Síntesis de las reformas en el período 2006-2010

REFORMAS		NÚMERO
Aumentos punitivos		42
Reducciones punitivas		4
Creación de tipos		15
Ampliación del espectro de los tipos		29
Otras	Modificación forma cuantificación multa	1

Fuente: elaboración propia

Al igual que lo que ocurrió en el lustro anterior, en este período no se encuentra una sistematización de los criterios para determinar la gravedad de una conducta y asignar, correlativamente, la sanción que le corresponde. La revisión de los antecedentes de las leyes muestra argumentos genéricos sobre la gravedad de la conducta o la afectación a bienes jurídicos, particularmente aquellos que se invocan como incidentes en la seguridad ciudadana, y las penas se fijan sin observar una fórmula de cualquier índole que las respalde.

La intervención en las normas dictadas se hizo, así mismo, sin mayor revisión de sus contenidos para determinar la pertinencia, por ejemplo, de una causal de

agravación, con la conducta correspondiente. Ejemplo de este procedimiento se encuentra en las causales de agravación del homicidio culposo, en donde se incluyeron como motivos de una mayor punibilidad infracciones administrativas tales como conducir un automotor con carga pesada, sin el lleno de los requisitos legales, independientemente de que dicha situación hubiera incidido en la producción del homicidio.

Los aumentos punitivos continúan adoleciendo de falta de razonabilidad, porque no se justifican a partir de la gravedad de la conducta o la forma como ella pueda cometerse. Al parecer se incrementan las penas sin atender las relaciones con otras infracciones similares o relacionadas, llegando al punto de ordenar los delitos –de acuerdo con su sanción– mediante una jerarquía arbitraria, como puede observarse en el hecho de que la inducción a la prostitución (22 años de prisión en el máximo) es más grave que la pornografía con menores de dieciocho (18) años (21 años de prisión); la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años (21 años de prisión) es más grave que el acceso carnal violento (20 años como máximo de prisión).

El endurecimiento punitivo, en este período, estuvo explícitamente relacionado con la necesidad de asegurar que la persona acusada de casi todas las infracciones reformadas, fuera cobijada con la detención preventiva. Este argumento resulta obviamente incompatible con los principios del derecho penal y de la sanción, en razón de que sustenta la idea de que la detención preventiva debe considerarse una pena anticipada, tesis proscrita, además, en forma expresa por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Finalmente, se encuentra que en este período, mediante la Ley 1142, se materializó de manera general en el Código Penal la figura de la exclusión de beneficios punitivos para un número importante de delitos, siendo esta no solo una muestra del endurecimiento punitivo, sino además, una forma de prolongar la privación de la libertad en detrimento de la seguridad ciudadana, en tanto que la eliminación de figuras como la libertad condicional o los permisos al condenado, impiden que el Estado mantenga control sobre las posibilidades concretas de resocialización de quien ha cumplido una parte de la pena.

2.3. TERCER MOMENTO: 2011-2015

211. En este periodo se crearon catorce (14) leyes nuevas, es decir que la actividad legislativa disminuyó en nueve (9) leyes con relación al periodo inmediatamente anterior. En cuanto las intervenciones de amplio espectro, en esta oportunidad la Ley 1453 de 2011 realizó una intervención profunda en el catálogo de conductas punibles, debido a que, bajo el argumento general de la seguridad ciudadana, aumentó las penas de varios delitos, creó otros tantos, en especial relacionados con la seguridad pública y la administración de justicia, y modificó por única vez el título de delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales (XI).

Tabla número 13. Leyes que modifican la parte especial del Código Penal, 2011-2015^{74 75}

Ley	Descripción	Estado
1445 de 2011	Modificación del delito de lanzamiento de sustancias peligrosas, para integrar los escenarios deportivos.	Modificada por la Ley 1453 de 2011
1453 de 2011	Reforma de seguridad ciudadana. Modificación de varios tipos penales relacionados con ella. Creación del delito de tráfico de niños, niñas y adolescentes.	Modificación al art 276 condicionalmente exequible art 447A inexecutable.
1474 de 2011	Medidas contra la corrupción pública y privada. Modificación de la prescripción de la acción penal, de la exclusión de beneficios del artículo 68-A, creación de delitos de corrupción privada y administración desleal.	Vigente
1482 de 2011	Creación de nuevos tipos penales contra la discriminación	Art 134A y 134B, modificados por la Ley 1752 de 2015. Demás modificaciones vigentes.
1520 de 2012	Modifica los artículos 271 y 272 de Código Penal en el marco de los compromisos adquiridos con el TLC	Inexecutable
1542 de 2012	Modificación de carácter procesal relacionada con el delito de violencia intrafamiliar.	Vigente
1639 de 2013	Modificación del delito de lesiones personales en relación con los ataques con ácido.	Derogado por el art. 2 de la Ley 1773 de 2016
1675 de 2013	Creación de un nuevo bien jurídico para la protección del patrimonio cultural sumergido.	Vigente
1696 de 2013	Modificación de las circunstancias de agravación del homicidio culposo.	Vigente
1709 de 2014	Modificación de la parte general relacionada con la prisión domiciliaria, la exclusión de beneficios del artículo 68-A.	Vigente. Inciso 2º modificado por el artículo 4º de la Ley 1773 de 2016
1719 de 2014	Creación de tipos penales en el título II del Código Penal, sobre la violencia sexual en el conflicto armado.	Vigente
1752 de 2015	Modificación de los delitos contra la discriminación creados en el 2011	Vigente. Sentencia de exequibilidad C-257 de 2016 ⁷⁴ .
1761 de 2015	Creación del delito de feminicidio	Vigente. Literal 3 art. 104A exequible, por los cargos analizados, mediante sentencia C-297 de 2016 ⁷⁵ .

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2021%20comunicado%2018%20de%20mayo%20de%202016.pdf>.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-257-16.htm>.

1762 de 2015	Modificación de los tipos relacionados con el contrabando.	Mediante sentencia C-191 de 2016 ⁷⁶ se declaran exequibles sendos artículos de la Ley 1762 de 2015, a la par que se determina la inconstitucionalidad de la expresión “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” prevista en el art. 11 de la normatividad señalada. Así mismo se declaró la exequibilidad del delito de contrabando a través de la sentencia C-203 de 2016 ⁷⁷ .
--------------	--	---

Fuente: elaboración propia⁷⁶⁷⁷

En la tabla que viene a continuación se muestra la distribución de las leyes del período de acuerdo con las intervenciones en cada uno de los títulos del Código Penal. De acuerdo con esta información, del grupo de normas que tuvieron incidencia durante este período, la Ley 1453 de 2011 realizó intervenciones en nueve (9) títulos, la Ley 1474 de 2011, también denominada estatuto anticorrupción, introdujo reformas en cuatro (4) títulos del código; la Ley 1762 de 2015 modificó tipos penales de (3) tres títulos; la Ley 1719 de 2014 intervino dos (2) títulos; y las demás disposiciones normativas solo afectaron los tipos de un (1) título de la Ley 599 de 2000.

Tabla número 14. Distribución de las reformas de acuerdo a los títulos CP, 2011-2015

LEY	TÍTULO PARTE ESPECIAL															TOTAL
	I	II	III	IV	VI	VII	VII-A	VIII	X	XI	XII	XIII	XV	XVI		
1445 de 2011											x				1	
1453 de 2011	x		x			x			x	x	x	x	x	x	9	
1474 de 2011						x			x				x	x	4	
1482 de 2011	x														1	
1520 de 2012								x							1	
1542 de 2012					x										1	
1639 de 2013	x														1	
1675 de 2013							x								1	
1696 de 2013	x														1	
1719 de 2014		x		x											2	
1752 de 2015	x														1	
1761 de 2015	x														1	
1762 de 2015									x		x			x	3	
TOTAL	6	1	1	1	1	2	1	1	3	1	3	1	2	3		

Fuente: elaboración propia

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-191-16.htm>.

⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2016%20comunicado%2027%20de%20abril%20de%202016.pdf>.

2.3.1. *Intervenciones en los delitos contra la vida y la integridad personal: Leyes 1453 y 1482 de 2011, 1639 y 1696 de 2013 y 1752 y 1761 de 2015*

212. A través de la Ley 1453 de 2011 se modificaron los criterios de aumento punitivo de las circunstancias de agravación aplicables a los delitos relacionados con el abandono de menores y de personas desvalidas (art. 130 CP).

La reforma consistió en la inserción de dos (2) hipótesis delictivas en el tercer párrafo, cuya punición es mucho mayor a la que se tenía prevista para la conducta que castigaba originalmente. El texto original planteaba que la pena se aumentaría en una tercera parte si después del abandono sobreviniere la muerte; con la intervención de esta ley, la cual sigue vigente, se castiga como tentativa de homicidio al abandono del recién nacido si se produce en sitios o circunstancias donde la supervivencia esté en peligro, y con la misma pena prevista para el homicidio si tras este hecho sobreviniere la muerte.

Esta inserción no estaba prevista inicialmente, pues la norma se había concentrado en establecer medidas que estuvieran directamente relacionadas con las conductas que más afectaban la seguridad pública (Gaceta 737 y 850 de 2010, Senado), y aparece en la ponencia que da cuenta el primer debate ante la Cámara (Gaceta 43 de 2011, Cámara).

213. Ese mismo año, con la Ley 1482, la cual tuvo como principal objetivo hacerle frente a la discriminación en sus múltiples dimensiones⁷⁸, se introdujo un nuevo capítulo (Cap. IX) en el título. Con esta adición se crearon los delitos de actos de discriminación (art. 134-A) y hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política u origen nacional, étnico o cultural (art. 134-B), así como las circunstancias de agravación (134-C) y de atenuación (134-D) punitiva aplicables a estos. La ley también reformó el delito de apología al genocidio (art 102), cambiando su redacción y adicionando algunos elementos, como la promoción del antisemitismo y la pretensión de la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de conductas discriminatorias, como actos penalmente relevantes.

En el trámite legislativo se observa que inicialmente el proyecto de ley buscaba la protección de la población afrocolombiana, raizal y palenquera, puesto que los actos de discriminación de los que eran víctimas constantes debían ser mitigados. Se contemplaba, así mismo, penas más altas a las que quedaron finalmente consagradas; un tipo especial para la discriminación de raza, y una rebaja de la pena cuando se indemnizaba a la víctima (Gaceta 459 de 2010, Senado). Posteriormente, se redujeron las penas y se introdujeron otros sujetos de protección sobre los cuales se agravaría la conducta (Gaceta 799 de 2010, Senado).

Cuando el proyecto llegó a la Cámara de Representantes fueron considerados otros criterios de discriminación, no solo racial sino también por razones de

⁷⁸ Artículo 1o. Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.

religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual; igualmente, se introduce la modificación al tipo de apología al genocidio, penalizando la negación, justificación o apoyo de algún genocidio, a la vez que se elimina el artículo de discriminación racial pues este se subsume en el anterior, que penaliza los actos de discriminación (Gaceta 406 de 2011, Cámara). En trámite de conciliación se delimitan los artículos introducidos, incorporándose las precedentes intervenciones al tipo de apología al genocidio (Gaceta 688 de 2011, Senado, 666 de 2011, Cámara).

214. En cuanto a la Ley 1639 de 2013 se añade la primera modificación a las lesiones personales para castigar con mayor severidad aquellas ocasionadas con agentes químicos⁷⁹. En esa vía, se adiciona un inciso en torno al daño consistente en deformidad física (art. 113 del CP), correspondiente a una nueva hipótesis de desvalor de resultado en relación con la secuela de deformidad en el caso de lesiones personales que hayan sido causadas por el uso de cualquier tipo de ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generan daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano.

Durante la exposición de motivos del proyecto de ley se afirmó que esta modalidad de ataque en el que el sujeto activo se vale del uso de sustancias químicas para causar a su víctima daño en el cuerpo o en la salud, representa una afectación a la persona dentro de su esfera interior, así como un perjuicio en su vida familiar, en su entorno social y en el ámbito sexual. La Cámara de Representantes expuso su preocupación en torno a las recientes noticias de ataque mediante sustancia química, debido a que en la mayoría de casos las víctimas no eran resarcidas correctamente, en parte porque no se les realizaba las debidas cirugías plásticas, en parte por la impunidad generada al no ser perseguido, judicializado y condenado el agresor de aquellas (Gaceta 678 de 2011, Cámara).

Cabe indicar que luego de acogidas las observaciones realizadas por el Consejo Superior de Política Criminal, dirigidas a sostener la falta de necesidad de crear una hipótesis delictiva para hacerle frente a este fenómeno, pues ya se castigaba tal conducta con el inciso preexistente referido a daño en el rostro, se excluye del proyecto normativo la hipótesis delictiva propuesta. Esta decisión se tomó teniendo en cuenta también que la secuela que se pretendía reprochar con mayor intensidad ya estaba contemplada como una consecuencia de la lesión en el tipo referente a la perturbación funcional (art. 114 CP), se pretendía no incurrir en una doble tipificación que representara un riesgo grave para la seguridad jurídica (Gaceta 111 de 2012, Cámara).

No obstante, durante el segundo debate en Senado se aprueba un texto similar al inicial, concerniente a la deformidad resultado del ataque con sustancia química, con la diferencia de que se descarta la referencia a la secuela de perturbación

⁷⁹ La segunda ocurrió tres años después con la Ley 1773 de 2016. Al respecto, ver *infra*, sección 2.4.1.

funcional y se establece una pena menor que oscila entre los seis (6) y los diez años y medio (10,5). Igualmente, se introduce un aumento punitivo en el inciso referente a la deformidad en rostro, de modo tal que la pena puede incrementar de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2) (Gaceta 275 de 2013, Senado).

215. Otra norma que modificó este título del Código Penal fue la Ley 1696 de 2013, a través de la cual se pretendía disminuir el número de muertes producto de siniestros viales, cuyo índice no había logrado ser reducido drásticamente durante la última década, propósito que se esperaba cumplir mediante la imposición de sanciones administrativas y penales a quien fuese responsable del homicidio culposo de una persona con ocasión de un accidente de tránsito.

Además, se tomaron medidas tendientes al logro de la reparación de las víctimas de dicha modalidad de homicidio (Gaceta 749 de 2013, Senado). En este sentido, la norma modificó las circunstancias de agravación punitiva del homicidio culposo (art. 110), creando un nuevo numeral, según el cual la pena se aumentará de las dos terceras partes (2/3) al doble, en la pena principal y accesoria, cuando al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1 o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, siendo lo precedente determinante para la ocurrencia del homicidio.

Es pertinente indicar que en un principio el proyecto de ley preveía la modificación de tres títulos del Código Penal: (i) vida e integridad personal (homicidio culposo y lesiones personales culposas, arts. 109, 110 y 120 CP); (ii) patrimonio económico (daño en bien ajeno, art. 265 CP); (iii) administración de justicia (fraude en resolución judicial, art. 454 CP). Lo anterior con el objetivo de regular sistemáticamente la problemática de los fallecimientos como resultado de un accidente de tránsito en el que el agente comete homicidio culposo.

Durante primer debate en Cámara se propone la modificación de los agravantes del homicidio culposo y las lesiones culposas (art. 110 y 121 CP), de modo tal que las penas establecidas permitieran la detención preventiva (Gaceta 973 de 2013, Cámara). Sin embargo, como se señaló al inicio de este apartado, la Ley 1696 de 2013 únicamente introdujo un agravante del homicidio culposo al art. 110 del CP, sin que se evidencien las razones por las cuales se retiraron las demás reformas.

216. Posteriormente, la Ley 1752 de 2015 también introdujo modificaciones al Título I. Si bien recientemente se había expedido la Ley 1482 de 2011, a través de la cual se tomaban medidas penales contra los actos de racismo y discriminación, lo cierto es que el ámbito de acción de dicha norma resultaba insuficiente en cuanto presentaba un déficit de protección respecto a las conductas discriminatorias en contra de personas discapacitadas, puesto que el texto legal no explicitaba a la población con discapacidad como uno de los sujetos de especial protección dada su situación de vulnerabilidad. Por este motivo y a raíz de determinados actos de

discriminación llevados a cabo en congregaciones religiosas, el Congreso optó por la inclusión de nuevo sujeto pasivo calificado correspondiente a la persona con discapacidad dentro de los tipos penales alusivos a la discriminación (Gaceta 13 de 2014, Senado). En ese sentido fueron modificados los artículos 134A y 134B del código, concernientes a los delitos de actos de discriminación y hostigamiento, respectivamente; además en el art. 134B se introdujo un párrafo contentivo de la definición de discapacidad (Gaceta 240 de 2015, Senado).

Respecto a esta norma, cabe indicar que mediante sentencia C-257 de 2016⁸⁰ la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos que tipifican las conductas punibles de actos de discriminación y de hostigamiento, así como aquel que consagra la causal de agravación punitiva establecida en el art. 58.3 del Código Penal, en el entendido que el Congreso no incurrió en una omisión legislativa relativa, dado que según se extrae del texto de las normas demandadas también se incurre en esos delitos cuando el móvil sea la identidad de género.

217. Finalmente, la Ley 1761 de 2015 introdujo algunas modificaciones al Título I, motivadas en la necesidad de crear un tipo penal autónomo de feminicidio, con el propósito de dar un tratamiento penal adecuado a las conductas homicidas contra la mujer por el hecho de ser mujer, modalidad de violencia sistemática y generalizada, que se inserta en un contexto más amplio de subordinación y opresión de la mujer en los distintos escenarios de la sociedad, tales como el económico, el político y el familiar.

En suma, la propuesta legislativa pretendía la asunción por parte del Estado de una política criminal con perspectiva de género, fundamentada en dos pilares principalmente: de un lado, la efectiva persecución y proporcionada sanción de los victimarios; de otro lado, la compensación y reparación de las mujeres víctimas, todo lo cual estaba dirigido a erradicar la violencia contra la mujer, la impunidad de la misma y por ende a fortalecer las funciones de prevención general y especial a cargo del derecho penal (Gaceta 773 de 2013, Senado).

Ahora bien, respecto a las reformas puntuales introducidas por la Ley 1761 de 2015, en primer lugar, se modificaron las circunstancias de agravación punitiva del homicidio (art. 104 CP), con el fin de eliminar la causal adicionada en el 2008 a través de la Ley 1257. El propósito de la eliminación mencionada fue, desde el punto de vista de la organización sistemática de los tipos penales, establecer el feminicidio como tipo penal autónomo, en lugar de contemplarlo como un tipo subordinado. Por ello, la misma ley creó los artículos 104-A y 104-B en el Código Penal, estableciendo en el primero de ellos el delito de feminicidio, mientras que el segundo contempla las circunstancias de agravación punitiva del mismo.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2021%20comunicado%2018%20de%20mayo%20de%202016.pdf>.

Igualmente, la Ley 1761 de 2015 modificó nuevamente las circunstancias de agravación punitiva aplicables a las lesiones personales y al parto o aborto preterintencional (art. 119 CP), esta vez para incluir a las mujeres en el inciso que había sido creado a inicios del lustro inmediatamente anterior, mediante la Ley 1098 de 2006, el cual inicialmente refería a la agravación punitiva cuando la conducta se cometiere sobre niños y niñas menores de catorce (14) años. Es importante destacar que, en términos punitivos, se estableció un nuevo nivel de escalonamiento en la tipificación y dosificación de la sanción penal en los casos de violencia contra las mujeres.

Finalmente, cabe indicar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-297 de 2016⁸¹, declaró la exequibilidad del literal e del artículo 2º (parcial) de la Ley 1761 de 2015, por los cargos analizados en la providencia, en el entendido de que el referido literal—atiente a la existencia de antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima—hace alusión a un elemento contextual del tipo de feminicidio. En esa medida dicho elemento coadyuva a la elucidación de la intención discriminatoria de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género, sin que esto signifique que la conducta delictiva pueda ser realizada con independencia del dolo calificado del agente, toda vez que deberá probarse que el sujeto activo cometió la conducta de matar a una mujer motivado por la intención discriminatoria frente a aquella por su condición de mujer o a causa de su identidad de género.

2.3.2. *Intervenciones en los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH: Ley 1719 de 2014*

218. En relación con la protección a las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (II), la Ley 1719 realizó algunas modificaciones al Código Penal, teniendo como fundamento el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano en torno al respeto y la garantía de los derechos humanos y las normas de derecho internacional humanitario, concretamente en lo relacionado con la violencia sexual, violencia desplegada con mayor crueldad en el marco del conflicto armado, en donde los cuerpos de las mujeres, niñas y adolescentes, son utilizados como territorio de guerra, como mecanismo de degradación y control, tanto de las mujeres en particular, como de la comunidad en general.

En ese sentido, las autoridades colombianas buscaban generar, entre otros mecanismos, medidas punitivas que asegurasen la investigación, persecución, judicialización y sanción de los responsables de esta clase de delitos, haciendo especial énfasis en una política criminal con enfoque diferencial y protectora de los DDHH, en la que se reconozca que las principales víctimas de los delitos

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-257-16.htm>.

de carácter sexual son las mujeres, niños, niñas y adolescentes, situación que se agrava aún más cuando dichas personas pertenecen a colectividades como pueblos indígenas o afrodescendientes. Las medidas previstas por la ley estaban dirigidas a la erradicación de la impunidad frente a los delitos de violencia sexual, ya que esta problemática origina y mantiene un ambiente de tolerancia frente al mencionado fenómeno de violencia, tornándose a la par en factor de ampliación en la comisión de delitos de carácter sexual (Gaceta 473 de 2012, Cámara).

Respecto a las reformas puntuales, la Ley 1719 de 2014 creó ocho (8) nuevos delitos relacionados con la violencia sexual desplegada en los conflictos armados. Así mismo, modificó la estructura del tipo penal de prostitución forzada en persona protegida (art. 141 CP), con el propósito de eliminar la hipótesis de esclavitud sexual y presentarla en un tipo autónomo, en el nuevo artículo 141-A CP. Los nuevos delitos son:

1. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años (art. 138-A CP).
2. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años (art. 139-A CP).
3. Esterilización forzada en persona protegida (art. 139-B CP).
4. Embarazo forzado en persona protegida (art. 139-C CP).
5. Desnudez forzada en persona protegida (art. 139-D CP).
6. Aborto forzado en persona protegida (art. 139-E CP).
7. Esclavitud sexual en persona protegida (art. 141-A CP).
8. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (art. 141-B CP).

Con relación a estos ocho (8) tipos penales agregados al plexo normativo de comportamientos punibles se sostuvo que, en términos generales, si bien la mayoría de conductas podrían ser penalizadas vía actos sexuales violentos, lo cierto es que su no tipificación genera un déficit de investigación y judicialización a cargo de los operadores jurídicos, cuestión que resulta más grave si se tiene en cuenta el alto índice de comisión de dichos delitos con ocasión y en desarrollo del conflicto armado (Gaceta 473 de 2012, Cámara).

2.3.3. *Intervenciones en los delitos contra la libertad individual y otras garantías: Ley 1453 de 2011*

219. En relación con la protección a la libertad personal (III), la Ley 1453 de 2011 creó dos (2) nuevos delitos⁸², de un lado, y, de otro, modificó las estructuras

⁸² En realidad creó cuatro (4): dos (2) en el código penal y los otros por fuera del mismo. Sobre estos últimos, los delitos de explotación de menores de edad y manipulación de equipos terminales móviles, ver *infra* sección 4.3.2 de la segunda parte de este documento.

y aumentó las penas en dos delitos existentes. En relación con lo primero, se creó el delito de tráfico de niños, niñas y adolescentes (art. 188-C CP), adicionado en el primer debate en el Senado, con una pena de 30 a 60 años, con una agravación de la tercera parte a mitad (Gacetas 850 y 975 de Senado).

El otro tipo creado fue el uso de menores de edad en la comisión de delitos (art. 188-D CP). En el proyecto de ley inicial se preveía una pena de quince (15) a treinta (30) años y la agravación era de una tercera parte a la mitad (Gaceta 737 de 2010). Posteriormente, en primer debate se disminuye la pena de 4 a 6 años y se elimina el agravante (Gacetas 850 1117 de 2010, Senado).

En la ponencia del primer debate en Cámara, el delito propuesto vuelve a tener una reforma, eliminándose el verbo constreñir y fijando una pena de diez (10) a dieciséis (16) años. Pero es en el texto aprobado por la plenaria de la Cámara donde se establece una pena definitiva de diez (10) a veinte (20) años. Ambos tipos se ajustaron a los objetivos generales de la ley que buscaba luchar contra la delincuencia organizada, protegiendo a todos los integrantes de la sociedad, en este caso a los menores (Gaceta 757 de 2010, Senado).

Tabla número 15. Penas establecidas para los nuevos delitos creados por la Ley 1453 de 2011 en el título III CP

Tipo penal			2011 (actualidad)	
			Mín.	Máx.
188-C	Tráfico de niños, niñas y adolescentes	Descripción básica	30	60
		Modalidad agravada	40	90
188-D	Uso de menores de edad en la comisión de delitos	Descripción básica	10	20
		Víctima menor de 14 años	13.33	30
		Modalidad agravada 1	13.33	30
		Modalidad agravada 2 (menor de 14 años)	18.88	45

Fuente: elaboración propia

De otra parte, la misma Ley 1453 de 2011 modificó el delito de utilización de redes de comunicaciones (art. 197 CP). En este caso se aumentaron las penas: de ser un delito castigado con un espectro punitivo que oscilaba de uno coma tres (1,3) a cinco coma cinco (5,5) años, pasa a tener una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, significando esto un aumento del doscientos siete por ciento (207%) en el valor mínimo y cuarenta y cinco coma cinco por ciento (45,5%) en el máximo.

También se modificaron los elementos del tipo suprimiendo los objetos “aparatos de radiofonía o televisión”. Finalmente se modificó la fórmula de aumento para la agravación punitiva, que pasó de ser de una tercera parte a la mitad, a duplicar la pena. El incremento pretendía hacer posible la aplicación de la medida de detención preventiva (Gaceta 737 de 2010, Senado).

Así mismo, la norma modificó por segunda vez el delito de violación de derechos de reunión y asociación (art. 200 CP). En esta ocasión se introdujo la pena de prisión⁸³ y además se amplió la estructura del tipo penal para incluir una nueva hipótesis y una circunstancia de agravación.

La hipótesis penaliza con la misma sanción la celebración de pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones acordadas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

Por otra parte, la agravación consistió en castigar con una pena mayor cuando se ponga al empleado en situación de indefensión en peligro su integridad personal; la conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada; mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad o a través de engaño sobre el trabajador. Si bien la disposición fue cuestionada por no guardar unidad de materia con lo regulado por la Ley 1453, cuya finalidad principal fue la implementación de medidas para la seguridad ciudadana, finalmente la Corte Constitucional declaró su exequibilidad mediante sentencia C-571 de 2012⁸⁴. En el trámite legislativo, la medida es insertada en la segunda ponencia para debate en Cámara (Gaceta 194 de 2012, Cámara).

2.3..4. *Intervenciones en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: Ley 1719 de 2014*

220. En relación con la protección de la libertad, integridad y formación sexuales (IV), la Ley 1719 de 2014 realizó dos (2) modificaciones particulares. En primer término, amplió las circunstancias de agravación punitiva para los delitos relacionados con la explotación sexual, adicionando una nueva causal cuando se cometa alguna de las conductas previstas en los artículos señalados como forma de retaliación, represión o silenciamiento de personas que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o defensoras de Derechos Humanos (art. 216, numeral 5 CP).

Adicionalmente, incorporó una definición legal sobre el concepto de violencia (art. 212A CP) como criterio de interpretación de los delitos relacionados con la violación (cap. 1) y los actos sexuales abusivos (cap. 2), con el objetivo de abarcar aquellas conductas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, en las que a

⁸³ El delito contemplaba como única pena principal la multa.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-571 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-571-12.htm>.

pesar de no ejercerse una fuerza física en estricto sentido, el atentado contra tales bienes jurídicos sí se realiza a partir del sometimiento de la voluntad de la víctima a través de la utilización de la violencia sexual por parte del victimario, la cual comprende, entre otros, la amenaza, la coacción física o psicológica, la intimidación o el aprovechamiento de una relación de poder (Gaceta 473 de 2012, Cámara).

2.3.5. *Intervenciones en los delitos contra la familia: Ley 1542 de 2012*

221. La Ley 1542 de 2012, en relación con la parte especial, ratifica que la pena para el delito de violencia intrafamiliar es de cuatro (4) a (8) años. La norma tuvo como finalidad eliminar la necesidad de presentar querrela para iniciar la acción, así como impedir el desistimiento de los delitos de violencia familiar e inasistencia alimentaria, para lo que toma como fundamento la punición establecida por la Ley 1142 de 2007 (Gaceta 857 de 2011, Senado).

2.3.6. *Intervenciones en los delitos contra el patrimonio económico: Leyes 1453 y 1474 de 2011*

222. La Ley 1453 de 2011 amplió las hipótesis delictivas del delito de usurpación de inmuebles (art. 261 CP)⁸⁵ y presentó un aumento punitivo. La ampliación consistió en la inclusión de dos parágrafos, en el primero se introdujo como delito la situación en la cual con el mismo propósito se desarrollan acciones jurídicas induciendo a error o con la complicidad, favorecimiento o coautoría de la autoridad notarial o de registro de instrumentos públicos; en el segundo se agrega un agravante que establece la duplicación de la pena si la usurpación se desarrolla mediante el uso de la violencia o valiéndose de las conductas del Título XII.

El aumento consistió en incrementar la pena mínima, que pasa de uno coma tres de (1,3) a cuatro (4) años, consistiendo esto en un aumento de trescientos por ciento (300%) en el quantum mínimo, respecto de la pena fijada en el 2000 (ver tabla 16).

⁸⁵ Antes de la modificación de la Ley 1453 de 2011, el tipo penal se denominaba usurpación de tierras.

Tabla número 16. Aumentos punitivos y ampliación del tipo penal de usurpación de inmuebles, 2000-2016

	2000		2004		2011-actualidad		%	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Min	Max.
Descripción básica	1	3	1.33	4.5	4	4.5	300%	50%
Usurpación mediante acciones jurídicas	No existe la hipótesis				4	10	NA	
Usurpación mediante violencia					8	9		

Fuente: elaboración propia

Ni el aumento punitivo, ni la agravación por violencia estaban contempladas en el proyecto de ley inicial. Allí se expone que la medida tenía como finalidad hacerle frente a las reiteradas denuncias que se presentan por fraudes inmobiliarios sin que sea posible adecuar típicamente esta conducta al delito de usurpación “por tratarse de actos cumplidos con el lleno de los requisitos del código civil, pero utilizando maniobras fraudulentas o el constreñimiento” (Gaceta 737, 850, 975 de 2010, Senado). Posteriormente en el primer debate en Cámara se aprueba el aumento punitivo (Gaceta 43 de 2010, Cámara), empero los parágrafos tan solo aparecen hasta el texto aprobado en plenaria de la Cámara (Gaceta 369 de 2011, Cámara).

Así mismo, la Ley 1453 de 2011 fijó una pena específica para una de las hipótesis del delito de invasión de tierras y edificaciones (art.263 CP). Antes de la reforma del 2011 la pena aumentaba hasta en la mitad cuando quien cometiere la conducta fuese el promotor, organizador o director de la invasión; con la reforma se fija una pena de cuatro (4) a ocho (8) años. La modificación de este delito no estuvo contemplada durante el trámite en Senado (Gacetas 737, 850 y 975 de 2010, Senado) y aparece en la propuesta de modificación durante el paso del proyecto por el primer debate en Cámara. Sin embargo, en lugar de establecer una pena específica como lo hizo la reforma inicial, en el debate se planteó un aumento general de las penas previstas para el tipo y una circunstancia de agravación cuando se hiciera sobre bienes rurales (Gaceta 43 de 2011, Cámara). Esta se descarta contemplando solo el aumento para el agravante mencionado con anterioridad.

223. Por otra parte, la Ley 1474 de 2011 tuvo como principal finalidad tomar medidas administrativas, disciplinarias y penales para investigar, prevenir y sancionar actos de corrupción, teniendo en cuenta que estos “vulneran los pilares fundamentales de la democracia y se desvían millonarios recursos en perjuicio de las personas menos favorecidas” (Gaceta 607 de 2010, Senado). En este sentido la norma introdujo modificaciones en cuatro (4) títulos del Código Penal, en delitos relacionados con acciones que tenían conexidad con la corrupción.

Frente a este título la norma hizo tres tipos de intervenciones. En primer lugar, creó dos nuevos delitos, el de corrupción privada (art. 250-A) y el de administración

desleal (250-B). En el trámite legislativo, la medida busca imponerles relevancia penal a “los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares”, agregando que “no solamente exigen para su configuración la existencia de un acto desviado, sino también la creación de un perjuicio al ente al cual se representa o se labora” (Gacetas 607 de 2010, Senado).

Por otra parte, modificó las circunstancias de agravación punitiva de la estafa (art. 247 CP), adicionando dos nuevas causales de agravación, cuando la conducta esté relacionada con bienes que sean del Estado o hayan sido recibidos del mismo y cuando esté relacionada con dineros provenientes de la seguridad social. Estas medidas se fundamentan en la necesidad de mitigar “la lesividad que tienen los fraudes que ejecutan los particulares en estos sectores en relación con medicamentos, recobros, certificaciones y relaciones con el Estado”. (Gacetas 607 de 2010, Senado).

Finalmente, aumentó la pena del delito de utilización indebida de información privilegiada (art. 258 CP), que pasó de tener una única pena principal de multa a tener pena principal de prisión de uno (1) a tres (3) años y de multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios. Frente esta modificación no hay una justificación particular en el trámite legislativo, más allá de los objetivos generales de la ley (Gaceta 607 de 2010, Senado).

2.3.7. *Creación de un nuevo título en el Código Penal para la protección del patrimonio cultural sumergido: Ley 1675 de 2013*

224. La Ley 1675 de 2013 creó un nuevo título en el Código Penal, “de los delitos contra el patrimonio cultural sumergido” (Título VIIA), dentro del cual se ubicó un nuevo delito con la misma denominación (art. 269-1 CP). La expedición de la Ley 1675 de 2013 tuvo como fundamento las inconsistencias presentadas por la Ley 397 de 1997 en torno a la protección del patrimonio cultural y arqueológico sumergido –considerado como bien de la Nación inalienable, inembargable e imprescriptible de acuerdo con los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 8, 63 y 72–, dado que dicha regulación producía ambigüedades interpretativas respecto a un presunto carácter comercial de los “tesoros arqueológicos”, dando paso a reclamaciones por parte de terceros sobre el cumplimiento de contratos suscritos con el Estado colombiano acerca de actividades de exploración de antigüedades náufragas, así como a la formulación de peticiones presentadas por aquellos para la concesión de permisos de explotación de los mencionados bienes (Gaceta 309 de 2012, Cámara).

En desarrollo de una regulación íntegra de la materia, se creó el delito contra el patrimonio cultural sumergido (art. 269-1 CP), sin que se le introdujese modificación alguna al texto planteado desde la presentación del proyecto de Ley 185 de 2012, Senado, 125 de 2011, Cámara, a su vez estableciendo una pena de uno (1) a seis (6) años de prisión.

2.3.8. *Intervenciones en los delitos contra los derechos de autor: Ley 1520 de 2012*

225. En relación con la protección a los derechos de autor (VIII), la Ley 1520 de 2012 introdujo modificaciones en las estructuras de los tipos de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (art. 271 CP) y de violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (art. 272 CP), con ocasión de los compromisos adquiridos en el marco del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos en noviembre de 2006, denominado Acuerdo de Promoción Comercial y su respectivo Protocolo Modificatorio.

Las modificaciones respecto del artículo 271 del CP, consistían en la tipificación de la conducta de exportar reproducciones de obras protegidas por el derecho de autor y por los derechos conexos, sin que para ello existiera autorización del titular de la obra. La exposición de motivos de la ley señala que el artículo 271 omitió la “exportación” dentro de los verbos rectores, por lo cual con la reforma se buscaba corregir tal equivocación, incorporando dicho verbo en el literal a del artículo (Gaceta 75 de 2012, Senado).

En cuanto a los cambios que pretendían obrar sobre el artículo 272 del CP, estos consistían en condicionar los verbos rectores en él contenidos, a “la búsqueda de ventaja comercial o ganancia económica privada”, siendo necesario, de acuerdo con la nueva redacción, actuar sin autorización de los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

Adicionalmente, modifica y amplía el espectro del tipo al incluir como objetos de protección “interpretaciones artísticas o ejecuciones, fonogramas o emisiones radiodifundidas”. También modificó el contenido y los verbos rectores de los numerales 2 a 4, adicionando 4 numerales más, del 5 al 8.

En el trámite legislativo de la ley en referencia se indica que la reforma tenía por objeto actualizar el Código Penal, y ponerlo en consonancia con la legislación civil en materia de “medidas tecnológicas de protección y la información sobre gestión de derechos” (Gaceta 75 de 2012, Senado).

En la misma gaceta que documenta la presentación inicial del proyecto de ley, hay una discusión en torno a la unidad de materia de la norma, pues existía una sombra de duda sobre la constitucionalidad de la modificación de los artículos 271 y 272 del Código Penal, en cuanto a que se podría pensar que las intervenciones impuestas no ostentaban una conexidad causal, teleológica, temática o sistemática con la materia principal de la ley en la que se encuentran inscritas.

Teniendo en cuenta lo anterior el legislador realiza un recuento jurisprudencial sobre lo dicho por la Corte Constitucional respecto del principio de unidad de materia, para concluir realizando un test sobre el principio en la norma que pretende promulgar. De tal ejercicio concluye que existe unidad de materia, puesto que dentro de la ley existen tres grupos temáticos, i) normas relativas

a derechos de autor y derechos conexos, ii) normas de observancia en materia de propiedad intelectual, y iii) normas relativas a los contenidos mínimos de producción nacional los fines de semana.

Así las cosas el legislador sostuvo que entre tales grupos existía una conexidad temática en la medida en la que regulan temas de propiedad intelectual, el comercio transfronterizo de servicios; arguyendo también que existía una conexidad causal y teleológica, puesto que en ellos convergen idénticas causas y fines, esto es la implementación de los compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, en tanto que el Congreso buscaba unificar las disposiciones sobre la aplicación de compromisos adoptados en virtud del TLC en un único proyecto, sin importar si estas disposiciones son de carácter penal o de otra índole (Gaceta 75 de 2012, Senado).

No obstante lo anterior, la Ley 1520 de 2012 fue declarada inexecutable en su integridad por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-011 de 2013⁸⁶. La corporación encontró que existía un vicio constitucional de forma en el proceso de formación de la ley, en cuanto a que, si bien la ley fue expedida con el fin de implementar los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos, en realidad la materia regulada era la de los derechos de autor y conexos, los cuales forman parte de una categoría más grande denominada: propiedad intelectual. Por tanto, el proyecto debió ser llevado a primer debate por las comisiones Primera del Senado y Primera la Cámara de Representantes –como lo establece la Ley 3 de 1992–, y no por las comisiones segundas como efectivamente se realizó, pues estas últimas carecen de competencia para tramitar proyectos cuya materia principal sea la propiedad intelectual.

A juicio de la Corte Constitucional tal yerro configura un vicio insubsanable en el procedimiento de formación de la ley, conllevando a la declaratoria de inexecutable.

2.3.9. *Intervenciones en los delitos contra el orden económico y social: Leyes 1453 y 1474 de 2011 y 1762 de 2015*

226. La Ley 1474 de 2011 reformó el delito de especulación (art. 298 CP) y de agiotaje (art. 301 CP). En ambos casos adicionó una nueva circunstancia que castiga con mayor pena la conducta cuando recae sobre medicamentos o dispositivos médicos. Buscando la protección del mismo bien jurídico, creó el tipo de omisión de control en el sector de la salud (art. 325-B), castigando con pena de prisión al empleado que omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos para la prevención y la lucha contra el fraude en el sector de la salud,

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 2013. MP. Alexei Julio Estrada. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-011-13.htm>.

con la finalidad de ocultar actos de corrupción. Dicha creación y los aumentos tuvieron como finalidad reprochar con mayor severidad estas conductas cuando afectan directamente el sector de la salud (Gaceta 607 de 2010, Senado).

La misma norma modificó el delito de evasión fiscal (art. 313 CP), aumentando la pena. De tener una pena prevista, con la Ley 890 de 2004, de dos coma seis (2,6) a nueve (9) años, pasa a tener una pena de cinco (5) a diez (10) años, consistiendo esto en un aumento del ochenta y siete por ciento (87%) en el valor mínimo y once coma uno por ciento (11,1%) en el máximo. Es posible desprender del proceso de trámite legislativo que el objetivo del aumento era proteger con mayor severidad los dineros destinados a salud y educación. (Gaceta 1002 de 2010, Senado).

227. Por otra parte, La Ley 1453 de 2011 volvió a ampliar el catálogo de los delitos base del lavado de activos (art. 323 CP) y también aumentó las penas, como se puede observar en la tabla número 17⁸⁷. La ampliación consistió en la inserción del tipo tráfico de menores de edad. Frente a tal medida, que aparece documentada en la ponencia para segundo debate ante la Cámara no se registra justificación particular (Gaceta 194 de 2011, Cámara).

Tabla número 17. Aumentos punitivos y ampliación del tipo penal de lavado de activos, 2000-2016

	2000		2002		2004		2006		2011		2015-actualidad		%	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.
Descripción básica	6	15	6	15	8	22.5	8	22	10	30	10	30	66%	100%
Modalidad agravada	8	22.5	8	22.5	10.66	33.75	10.66	33	13.3	45	13.3	45	66%	100%
Delitos base	9		11				13		14		18		100%	

Fuente: elaboración propia

228. La Ley 1762 de 2015, por su parte, respondió a la necesidad de brindar coherencia al ordenamiento jurídico en materia tributaria y aduanera, para lograr armonizar los regímenes preventivo y represor en busca de la articulación institucional para el tratamiento de problemáticas relacionadas con el comercio delictivo, el lavado de activos, la evasión fiscal y el contrabando.

En cuanto a los problemas relacionados con el contrabando y los argumentos presentados para justificar la iniciativa, el Gobierno Nacional observaba con preocupación cómo la industria nacional se veía gravemente afectada por el mencionado fenómeno delictivo, en tanto las personas que operan a través del comercio ilegal, al no pagar impuestos, ofrecen a menor precio el producto y, por ende, ocasionan distorsión en los precios del mercado y de esta manera perturban el comercio que opera dentro de la legalidad.

⁸⁷ En el anexo número 2 que acompaña el documento se puede consultar la tabla sobre la ampliación de los delitos base del lavado de activos.

Así mismo, el contrabando afecta las finanzas de la nación y de los entes territoriales, en cuanto dejan de recaudar importantes recursos provenientes de los impuestos percibidos durante el intercambio comercial. A su vez, el comercio ilegal desincentivaba la inversión extranjera por la falta de garantías y de seguridad jurídica que aseguren un marco normativo para la competencia limpia. Adicionalmente, el contrabando funge como fuente de financiación de grupos armados ilegales y agrupaciones de delincuencia común, lo cual, sumado al contrabando de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, termina desestabilizando el orden público y representando una amenaza a la ciudadanía (Gaceta 744 de 2013, Senado).

Respecto a las causas de dicha problemática se identificaron las siguientes en la propuesta: por un lado, la laxitud de las autoridades públicas frente al fenómeno; por otro lado, el interés y accionar criminal por parte de organizaciones delincuenciales de diverso tipo en zonas de frontera y a lo largo del país. Así mismo, influye en este fenómeno la ausencia de oportunidades de progreso y desarrollo material junto con su correlativo: el lucro fácil que representa el mercado ilegal (Gaceta 744 de 2013, Senado).

229. En línea con lo expuesto en el párrafo anterior, la Ley 1762 de 2015 realizó varias modificaciones a los delitos relacionados con el contrabando teniendo como objetivo la efectividad de la previsión penal respecto a la persecución eficaz del contrabando.

Tabla número 18. Aumentos punitivos y reconfiguración de los tipos penales asociados al contrabando, 2000-2016⁸⁸⁸⁹⁹⁰

		2000		2002		2004		2015-actualidad		%	
		Min.	Máx.	Min.	Máx.	Min.	Máx.	Min.	Máx.	Min.	Máx.
Contrabando	Cuantía superior a 50 salarios ⁸⁸	3	5	3	5	4	7.5	4	8	33,3%	60%
	Cuantía superior a 200 salarios ⁸⁹	5	8	5	8	6.66	12	9	12	80%	50%
	Reincidencia	4.5	9.25	4.5	4.5	6	13.12	Causal de mayor punibilidad		NA	
	7.5	14	7.5	7.5	9.99	21					
Contrabando de hidrocarburos y sus derivados	20-50 galones	No existe		3	5 ⁹⁰	4	7.5	3	5	NA	NA
	50-80 galones							4	8	NA	NA
	80-1000 galones			5	8	6.66	12	10	14	NA	NA
	Más de 1000 galones							12	16	NA	NA

⁸⁸ Antes 100-200 salarios.

⁸⁹ Antes superior a 200 salarios.

⁹⁰ Entre 20-80 galones.

Favorecimiento y facilitación del contrabando	Con mercancías de 50-200 salarios	1	5 ⁹¹	1	5 ⁹²	1.33	7.5	3	6	200%	20%
	Con mercancías que superan los 200 salarios							6	10	500%	100%
Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados	20-50 galones	No existe		3	6 ⁹³	4	9	3	5	NA	NA
	50-80 galones							4	8	NA	NA
	80-1000 galones							10	14	NA	NA
	Más de 1000 galones							12	16	NA	NA
Fraude aduanero ⁹⁴		5	8	Sin reforma		6.66	12	8	12	60%	50%
Favorecimiento por servidor público	Con mercancías inferiores a 50 salarios	3	5 ⁹⁵	3	5	4	7.5	4	8	33,3%	60%
	Con mercancías de 50-200 salarios							9	13	200%	160%
	Con mercancías que superan los 200 salarios	5	8 ⁹⁶	5	8	6.66	12	11	15	120%	87,5%
Favorecimiento por servicio público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados	Inferior a 50 galones	No existe		Multa de 50 salarios ⁹⁷		Multa de 50 salarios ⁹⁸		5	9	NA	NA
	50-500							10	14	NA	NA
	Superior a 500 galones			5	8 ⁹⁹	6.66	12	12	16	NA	NA

Fuente: elaboración propia⁹¹⁹²⁹³⁹⁴⁹⁵⁹⁶⁹⁷⁹⁸⁹⁹

230. En primer lugar, durante primer y segundo debate en Senado se sustituyen los verbos rectores “importar” y “exportar” por los de “introducir” y “extraer”, respectivamente, debido a que por definición los primeros implican una actividad comercial legal (Gacetas 744 de 2013 y 218 de 2014, Senado). Así mismo, durante segundo debate en sede de Senado se agregó el verbo rector “ingresar” mercancías a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera (Gaceta 801 de 2014, Senado). Aunque en principio se propuso el verbo “descargar” mercancías en zonas primarias sin que se contase con el documento de viaje (Gaceta 744 de 2013, Senado), con lo cual se observa que la introducción finalmente agregada prevé una situación fáctica de mayor envergadura.

Además se introduce un tipo penal subordinado configurado por una circunstancia de agravación punitiva, la cual se halla determinada por el sujeto

⁹¹ Cuantía superior a 100 salarios.

⁹² Cuantía superior a 50 salarios.

⁹³ Cuantía superior a 20 galones.

⁹⁴ Antes defraudación a las rentas de aduana.

⁹⁵ Hasta 100 salarios.

⁹⁶ Mayor a 100 salarios.

⁹⁷ Inferior a 20 galones.

⁹⁸ Inferior a 20 galones.

⁹⁹ Superior a 20 galones

activo calificado, cuando corresponda a una de las siguientes categorías: Usuario Altamente Exportador (Altex), Usuario Aduanero Permanente (UAP), Usuario u Operador de Confianza, Operador Económico Autorizado (OEA) o cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente (Gacetas 801 de 2014 y 298 de 2015, Senado y Cámara, respectivamente).

De otro lado, se planteó el aumento de las penas del delito de contrabando (art. 319 CP), proponiendo una nueva sanción de ocho (8) a doce (12) años de prisión (Gaceta 744 de 2013, Senado). Sin embargo, esta propuesta no progresó en su integridad, puesto que sólo se aumentó la pena máxima y en un valor menor, representativo de un sesenta y seis por ciento (66,6%) en relación con el inicialmente presentado, siendo la sanción finalmente aprobada la correspondiente a la modificación insertada durante primer debate en Senado la cual oscila entre los cuatro (4) y ocho (8) años (Gaceta 218 de 2014, Senado). Teniendo en cuenta que la pena original de la Ley 599 de 2000 era de tres (3) a cinco (5) años de prisión, luego, el incremento punitivo fue de un treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el valor mínimo y del sesenta por ciento (60%) en el quantum máximo.

Por último, se propuso que el contrabando que superase los doscientos (200) salarios se le impondría una pena entre los diez (10) y catorce (14) años, siendo en última instancia aprobada una sanción que oscila entre los nueve (9) y doce (12) años de prisión (Gacetas 744 de 2013 y 218 de 2014, Senado). Dado que la pena anterior era de cinco (5) a ocho (8) años de prisión, la reforma representó un aumento del ochenta por ciento (80%) en el quantum mínimo y del cincuenta por ciento (50%) en el máximo. Ambas modificaciones repercutieron en la ampliación del marco de movilidad punitivo.

231. En segundo término, la Ley 1762 modificó el tipo penal de contrabando de hidrocarburos y sus derivados (art. 319-1 CP). Este artículo es tratado inicialmente durante primer debate ante Senado, al reemplazar los verbos rectores “importar” y “exportar” por los de “introducir” y “extraer”, respectivamente, basados en la necesidad de armonizar los artículos que en principio no fueron contemplados para su modificación con aquellos que ya habían sido presentados en el proyecto de ley inicial (Gaceta 218 de 2014, Senado).

En la misma línea argumentativa, en primer debate ante la Cámara se agrega el verbo rector “descargar” hidrocarburos o sus derivados en lugares de arribo sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, en vez del verbo rector “ingresar” a la zona primaria las mencionadas sustancias, el cual había sido propuesto durante segundo debate ante el Senado (Gacetas 801 de 2014 y 298 de 2015, Cámara y Senado, respectivamente).

Así mismo, se dividen y amplían los valores escalonados respecto a los cuales varía la pena, de modo tal que en última instancia se establece una sanción diferente según la cantidad de sustancia química contrabandeadada, como se consigna a continuación: de veinte (20) a cincuenta (50) galones se impondrá una pena de tres (3) a cinco (5)

años; si la cantidad contrabandeada supera los cincuenta (50) galones pero se mantiene menor a ochenta (80) la pena a imponer oscilará entre los cuatro (4) y ocho (8) años de prisión¹⁰⁰; siendo la cantidad contrabandeada mayor a ochenta (80) y menor a mil (1.000) galones la pena oscilará entre los diez (10) y catorce (14) años; por último, si la cantidad contrabandeada supera los mil (1.000) galones la pena a imponer será de doce (12) a dieciséis (16) años de prisión (Gaceta 298 de 2015, Cámara).

Dado que el texto original del Código Penal no tipificaba el delito de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, para efectos del estudio del incremento punitivo porcentual se tendrá en cuenta los extremos sancionatorios previstos por la Ley 890 de 2004 correspondientes a cuatro (4) a siete coma cinco (7,5) años de prisión cuando la cantidad contrabandeada superaba los veinte (20) galones pero se mantenía por debajo de los ochenta (80) galones, mientras que si superaba este último valor la pena sería de seis coma seis (6,6) a doce (12) años de prisión, se observan las siguientes fluctuaciones: (i) la pena menor a aplicar descendió entre un veinticinco por ciento (-25%) y un treinta y tres coma tres por ciento (-33%); (ii) el segundo escalafón representó una variación de la pena máxima en un seis coma seis por ciento (6,6%), entre tanto el quantum mínimo no sufrió cambio alguno; (iii) el tercer nivel se vio afectado por un incremento porcentual en ambos extremos punitivos, atiente a un cincuenta y uno coma uno por ciento (51,1%) en el mínimo y un dieciséis coma seis por ciento (16,6%) en el máximo; (iv) igualmente, el cuarto nivel configuró un aumento en ambos extremos sancionatorios, correspondiente a un ochenta y uno coma uno por ciento (81,8%) en el valor mínimo y un treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el quantum máximo.

232. En tercera instancia, la Ley 1762 de 2015 reformó el delito de favorecimiento y facilitación del contrabando, excluyendo la alusión del aumento de la pena privativa del derecho de ejercer comercio por el término de la pena agregándoles un (1) año más (Gaceta 801 de 2014, Senado). Adicionalmente, se agregan los verbos rectores “embarcar”, “desembarcar” y “ocultar” mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente, o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído de la intervención y control aduanero o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera (Gaceta 298 de 2015, Cámara), modificación del tipo objetivo mediante la cual se armoniza aún más el texto legal.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que las penas establecidas por la Ley 599 de 2000 oscilaban entre uno (1) y cinco (5) años cuando el favorecimiento y la facilitación del contrabando se realizara sobre mercancías valuadas por encima de cincuenta (50) salarios, se observa cómo la Ley 1762 surtió un aumento de carácter punitivo: (i) respecto al primer escalafón ubicado entre los cincuenta (50) y doscientos

¹⁰⁰ Cabe señalar que esta subdivisión sólo fue introducida a partir de segundo debate en Senado, ya que antes el escalafón oscilaba entre los veinte (20) y ochenta (80) galones, correspondiéndole una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión.

(200) salarios del avalúo de la mercancía y dada una pena de tres (3) a seis (6) años de prisión (Gaceta 744 de 2013, Senado), la sanción incrementó un doscientos por ciento (200%) en el mínimo, a la vez que aumentó un veinte por ciento (20%) en el máximo; (ii) en torno al segundo escalafón, en el cual la mercancía contrabandeadada supera los doscientos (200) salarios, la pena establecida es de seis (6) a diez (10) años de prisión (Gaceta 744 de 2013, Senado), lo cual se traduce en un aumento del quinientos por ciento (500%) en el mínimo y un cien por ciento (100%) en el máximo.

233. En cuarto lugar, se modificó el tipo penal de favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (art. 320-1 CP), con similares modificaciones a las realizadas en el art. 320 CP, con el objetivo de brindar armonía y coherencia al texto legal. Dado que la normatividad penal primigenia del año 2000 no tipificaba el delito de favorecimiento de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, para efectos del estudio del aumento punitivo porcentual se tendrá en cuenta los cambios introducidos por la Ley 890 de 2000. Si bien se establecieron las mismas penas que las previstas para el delito de contrabando de hidrocarburos y sus derivados, el margen de variación punitivo fue distinto debido a la diferencia en las penas consagradas por la Ley 890 de 2004, según la cual cuando la facilitación del contrabando de hidrocarburos o sus derivados se realiza sobre una cantidad mayor a veinte (20) galones la pena sería de cuatro (4) a nueve (9) años de prisión.

En ese sentido la fluctuación dependiente de la nueva escala asumida por la Ley 1762 es la siguiente: (i) si los hidrocarburos o sus derivados cuyo contrabando se facilita tienen un volumen de veinte (20) a cincuenta (50) galones, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión, lo que representa una reducción de ambos extremos punitivos, los cuales decrecieron en un veinticinco por ciento (25%) en el quantum mínimo y un cuarenta y cuatro coma cuatro por ciento (44,4%) en el valor máximo; (ii) si el delito se surte sobre hidrocarburos o sus derivados por una cantidad de cincuenta (50) a ochenta (80) galones la pena es de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, lo cual representa un decrecimiento del once coma uno por ciento (11,1%) en el quantum máximo, mientras que el extremo mínimo no se vio afectado; (iii) en cambio, cuando el delito se comete sobre un volumen mayor a los ochenta (80) y menor a los mil (1.000) galones la pena será de diez (10) a catorce (14) años de prisión, lo cual representa exclusivamente un incremento en los extremos punitivos, equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) en el mínimo y al cincuenta y cinco coma cinco por ciento (55,5%) en el máximo; (iv) del mismo modo el delito cometido sobre un volumen mayor a los mil (1.000) galones y penado con una sanción de doce (12) a dieciséis (16) años de prisión tiene como consecuencia únicamente el incremento punitivo, el cual se traduce en un aumento del doscientos por ciento (200%) en el mínimo y setenta y siete coma siete por ciento (77,7%) en el máximo.

234. En quinto término, se reemplazó el tipo de defraudación de rentas de aduana por el delito de fraude aduanero (art. 321 CP), variando totalmente la estructura

objetiva del tipo en lo que respecta a sus verbos rectores, incluyendo los siguientes: “suministrar” información falsa, “manipular” u “ocultar” información, todo lo cual está relacionado con el elemento subjetivo especial explicitado por la norma hacia el cual va dirigido la conducta: la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que se esté obligado en Colombia. Por último, se establece una nueva pena de prisión que oscila entre los ocho (8) y los doce (12) años de prisión (Gaceta 744 de 2013, Senado), lo cual representa un incremento del sesenta por ciento (60%) en el quantum mínimo, y del cincuenta por ciento (50%) en la pena máxima, respecto a la Ley 599 de 2000 la cual establecía una pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión.

235. En sexto lugar, se modificó el delito de favorecimiento por servidor público (art. 322 CP) en concordancia con los artículos 319 y 320 de la Ley 599 de 2000 (Gaceta 218 de 2014, Senado). Es pertinente indicar que se agregan cuatro (4) verbos rectores adicionales al tipo, concernientes a: “embarcar”, “desembarcar”, “almacenar” y “ocultar” las mercancías del control de las autoridades aduaneras, o la introducción de las mismas por lugares no habilitados (Gaceta 218 de 2014, Senado), con lo cual se amplía el ámbito de protección del bien jurídico del orden económico y social.

En lo que respecta a las penas se establecieron unas de valor mayor a las previstas por los dos artículos (Gaceta 801 de 2014, Senado). En esa medida la modificación efectuada sobre las penas es la siguiente: (i) si la mercancía sobre la que se realiza el ilícito tiene un valor menor a los cincuenta (50) salarios la pena oscilará entre los cuatro (4) y ocho (8) años de prisión, lo cual representa un incremento del treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el quantum mínimo y del sesenta por ciento (60%) en el máximo, si se tiene en cuenta que la pena prevista originalmente era de tres (3) a cinco (5) años de prisión; (ii) si el delito se comete sobre una mercancía avaluada entre los cincuenta (50) y los doscientos (200) salarios la pena será de nueve (9) a trece (13) años de prisión, lo que se traduce en un incremento del doscientos por ciento (200%) en el extremo mínimo y del ciento sesenta por ciento (160%) en el quantum máximo; (iii) por último, el ilícito cometido sobre una mercancía cuyo avalúo supera los doscientos (200) salarios la pena a imponer oscilará entre los once (11) y los quince (15) años de prisión, lo cual significa un aumento del ciento veinte por ciento (120%) en el valor mínimo y del ochenta y siete coma cinco por ciento (87,5%) en la pena máxima.

236. Finalmente, se surtió una modificación en torno al delito de favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (art. 322-1 CP), en concordancia con los artículos 320-1, 321-1 y 322 de la Ley 599 de 2000 (Gaceta 218 de 2014, Senado). Debido a que la regulación penal inicial del año 2000 no tipificaba el delito de favorecimiento por servidor público del contrabando de hidrocarburos y sus derivados, para efectos del estudio del aumento punitivo porcentual se tendrán en cuenta las modificaciones surtidas a partir de la Ley 890 de 2000.

Respecto al aumento punitivo se extraen los siguientes valores: (i) si el favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados lo efectúa el servidor público sobre sustancia con volumen menor a cincuenta (50) galones la pena a aplicar oscila entre los cinco (5) a nueve (9) años, lo que en estricto sentido no produce un incremento en la cantidad de la pena, mas sí en la calidad, en tanto que la sanción anterior era una multa de cincuenta (50) salarios. (ii) de otro lado, si el ilícito se comete sobre un volumen mayor a los cincuenta (50) galones y menor a los quinientos (500) galones la pena será de diez (10) a catorce (14) años de prisión, lo que se traduce en un incremento del cincuenta y uno coma cinco por ciento (51,5%) en la pena mínima y del dieciséis coma seis por ciento (16,6%) en el quantum máximo, debido a que la pena anteriormente prevista era de seis coma seis (6,6) a doce (12) años de prisión; (iii) en último lugar y teniendo en cuenta que la pena prevista por la Ley 890 de 2004 era de seis coma seis (6,6) a doce (12) años de prisión, si el ilícito se cometiere sobre un volumen mayor a los quinientos (500) galones la pena será de doce (12) a dieciséis (16) años de prisión, lo que representa un aumento del ochenta y uno coma ocho por ciento (81,8%) y el treinta y tres coma tres por ciento (33,3%), en el quantum mínimo y máximo, respectivamente.

237. Antes de cerrar esta sección es importante hacer referencia a la sentencia C-191 de 2016¹⁰¹, mediante la cual se declaró la exequibilidad de los artículos atinentes a los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos, en relación con los cargos de inconstitucionalidad planteados en la demanda acerca de la trasgresión de los límites a la discrecionalidad o al margen de configuración legislativa en materia penal.

La Corte Constitucional determinó que la tipificación de los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, era respetuosa del principio de necesidad de la sanción penal —el cual exige que la intervención penal responda a los principios de lesividad, subsidiariedad y carácter de ultima ratio del derecho punitivo—, debido a que la tipificación de dichos tipos penales es producto de una política punitiva que ha demostrado la insuficiencia de medidas paralelas, las cuales no logran aplacar este tipo de criminalidad que atenta gravemente contra bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, por lo cual la punición penal se presenta como una medida contundente y necesaria en contra de los susodichos delitos. No obstante, cabe indicar que la expresión prevista en el artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, concerniente al lavado de activos cuando se “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional; se arribó a esta decisión debido a que el mantenimiento de dicha expresión dentro del ordenamiento jurídico podía dar lugar a

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%202015%20comunicado%2020%20de%20abril%20de%202016.pdf>.

la imputación de responsabilidad por comportamientos no descritos expresamente en la lista exhaustiva de verbos rectores del delito de lavado de activos, lo cual resultaría atentatorio de los principios de estricta legalidad y taxatividad de la ley penal.

2.3.10. *Intervenciones en los delitos contra los recursos naturales: Ley 1453 de 2011*

238. En relación con la protección a los recursos naturales y al medio ambiente (XI), la Ley 1453 de 2011, la única que ha reformado ese título hasta el momento, realizó las siguientes reformas:

Tabla número 19. Modificaciones en el título XI, Ley 1453 de 2011

	Tipo penal	Descripción	Aumento punitivo
328	Ilicito aprovechamiento de los recursos naturales renovables	Aumento punitivo y creación de una circunstancia de agravación con pena aumentada. Ampliación del catálogo de verbos rectores de la conducta: de 7 a 10.	Sí
329	Violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales	Ampliación del ámbito de protección del tipo penal: mayor número de actos penalizados.	No
330	Manejo y uso ilícito de organismos, microorganismos y elementos genéticamente modificados	Aumento punitivo.	Sí
330-A	Manejo ilícito de especies exóticas	Tipo penal creado en 2011	No
331	Daños en los recursos naturales	Aumento punitivo y creación de una circunstancia de agravación con pena aumentada.	Sí
332	Contaminación ambiental	Modificación de los verbos rectores de la conducta. Creación de cinco nuevas circunstancias de agravación. Aumento punitivo.	Sí
332-A	Contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos	Tipo penal creado en 2011	No
333	Contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo	Modificación de los verbos rectores. Antes de 2011 el tipo era culposo, ahora es doloso. Aumento punitivo.	Sí

334	Experimentación ilegal con especies, agentes biológicos o bioquímicos.	Modificaciones en algunos elementos de la parte objetiva del tipo. Aumento punitivo. Reducción de los verbos rectores.	Sí
335	Ilícita actividad de pesca	Aumento punitivo y creación de nuevas hipótesis delictivas.	Sí
337	Invasión de áreas de especial importancia ecológica	Ampliación del catálogo de verbos rectores: de 1 a 3. Aumento punitivo	Sí
339	Modalidad culposa	Ajuste de coherencia con la reforma al artículo 333	No

Fuente: elaboración propia

Frente a este título inicialmente solo se buscaba modificar el artículo 338 CP, correspondiente a la explotación ilícita de yacimiento minero. Sin embargo, fueron intervenidos el catálogo de delitos expuestos en la tabla, las cuales se adicionan en primer debate en la Cámara, según la ponencia para el segundo debate (Gaceta 194 de 2011, Cámara).

En cuanto al artículo 328 CP, Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, la norma adicionó los verbos “mantenga, explore y comercie” al tipo penal y aumentó la pena anterior cuya punición era dos coma seis (2,6) a siete coma cinco (7,5) años, estableciendo un quantum de cuatro (4) a nueve (9) años, consistiendo esto en un incremento del cincuenta y tres coma ocho por ciento (53,8%) en el mínimo y de veinte (20%) en el máximo.

Con relación al artículo 329 CP, violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, se amplían los actos no autorizados castigados por la ley, adicionándose los verbos de “aprovechamiento, exploración o extracción” al tipo.

Respecto al tipo de manejo y uso ilícito de organismos, microorganismos y elementos genéticamente modificados (art. 330 CP), la norma aumentó la pena mínima, que pasó de ser una conducta castigada con los aumentos de la Ley 890 de 2004 de dos coma seis (2,6) a nueve (9) años, a tener una punición mínima de cinco (5) años, consistiendo esto en un aumento del noventa y dos por ciento (92%) en el quantum, además de una reducción del ámbito de movilidad.

La ley adiciona también el tipo de manejo ilícito de especies exóticas (330-A CP), el cual busca la protección de las especies y la diversidad colombiana. Para este tipo se fija una pena de cuatro (4) a nueve (9) años.

Frente al artículo 331 CP, daño en recursos naturales, se aumenta la pena mínima prevista con los aumentos de Ley 890 de 2004 en dos coma seis años (2,6) años, pasa a tener una pena de cuatro (4) años, siendo esto incremento del cincuenta y tres coma tres por ciento (53,3%) la pena máxima se conserva en nueve

(9) años. También se introducen dos circunstancias de agravación de la pena de una tercera parte a la mitad, cuando se afecten ecosistemas naturales, calificados como estratégicos que hagan parte del Sistema Nacional, Regional y Local de las áreas especialmente protegidas, y cuando el daño sea consecuencia de la acción u omisión de quienes ejercen funciones de control y vigilancia.

También se intervino de forma estructural el tipo de contaminación ambiental (art 332 CP). En primer lugar se aumentaron las penas, de tener una pena prevista con los aumentos de la Ley 890 de 2004 de cuatro (4) a nueve (9) años, pasa a ser un delito castigado con una pena de cuatro coma cinco (4,5) a nueve coma tres (9,3) años, consistiendo esto en un aumento de doce coma cinco por ciento (12,5%) en el *quantum* mínimo y tres coma tres por ciento (3,3%) en el máximo. La norma también especificó varios elementos sobre los que podría recaer la conducta, “al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales”, agregó la expresión “que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos”. Además, adicionó los efectos de la conducta incluyendo “la provocación de radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones”. Finalmente, con la reforma se dispusieron cinco circunstancias de agravación con las cuales la pena se eleva de una tercera parte a la mitad.

Con esta ley también se creó el artículo 332-A CP, contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos, buscando proteger la integridad de los cuerpos de agua, el suelo o el subsuelo, penalizando conductas que los afecten con pena de prisión de cuatro (4) a nueve (9) años.

La norma afectó además al tipo de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo (art. 333 CP) aumentando la pena, la cual con el aumento de la Ley 890 de 2004, tenía de dos coma seis (2,6) a siete coma cinco (7,5) años. La reforma estableció una pena que oscila entre los cinco (5) y diez (10) años, consistiendo esto en un incremento de noventa y dos (92%) en el valor mínimo y treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el valor máximo. También se modifica la redacción, haciendo claro que el daño debe ser provocado con ocasión de la explotación minera y descartando su existencia en el ordenamiento como un delito culposo. De igual forma incluyó una nueva circunstancia de agravación, incrementando la pena de una tercera parte a la mitad cuando se pone en peligro la salud humana.

Con relación a la experimentación ilegal con especies, agentes biológicos o bioquímicos (art. 334 CP), se redujeron las conductas tipificadas, limitando el reproche tan sólo al verbo “experimentar” además adiciona el elemento “poner en peligro la supervivencia humana y la supervivencia de las especies que componen la biodiversidad colombiana”, siendo estos nuevos objetos de protección. Por otra parte, también se aumentan las penas, que pasa de tener una pena privativa de la libertad de dos coma seis (2,6) a nueve (9) años, a ser

punible de cinco (5) a doce (12) años, lo que consiste en un aumento de noventa y dos por ciento (92%) en el valor mínimo y de treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el valor máximo.

En cuanto al artículo 335 CP, Ilícita actividad de pesca, a este le fueron aumentados la cantidad de verbos rectores, además de algunos elementos materiales a través de los cuales se realiza la conducta. En el primer caso se adicionan “realización de actividad de pesca, comercialización, transporte, o almacenamiento”. Frente a los objetos materiales, se especifican “ejemplares o productos de especies vedadas” y se amplía el tipo incluyendo elementos de lugar tiempo y modo. Finalmente, realiza un aumento punitivo respecto a la pena principal, que antes preveía un castigo entre uno coma tres (1,3) y cuatro coma cinco (4,5) años, con los incrementos realizados por la Ley 890 de 2004; tras la reforma de la Ley 1453 pasa ser castigado de cuatro (4) a nueve (9) años, consistiendo esto en una aumento del doscientos siete por ciento (207%) en el valor mínimo y cien por ciento (100%) en el máximo.

El último aumento punitivo en este título se realiza en el tipo de Invasión de áreas de especial importancia ecológica (art. 337 CP) aumentando la pena mínima de dos coma seis (2,6) fijada así con la Ley 890 de 2004, a cuatro (4) años, conservando la máxima en doce (12) años y reduciendo de este modo el ámbito de movilidad. Tal incremento corresponde a un cincuenta y tres coma tres por ciento (53, 3%) sobre el valor anterior.

Finalmente, Ley 1453 reforma el artículo que consagra la modalidad culposa de los delitos anteriores (art. 339 CP), adicionando el artículo 333 CP como un delito que se puede cometer culposamente.

2.3.11. Intervenciones en los delitos contra la seguridad pública: Leyes 1445 y 1453 de 2011 y 1762 de 2015

239. En este período, en el mismo año, se presentaron dos (2) modificaciones al delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (art. 359 CP). La primera se realizó con la Ley 1445 de 2011 con la que se aumentan todas las penas, situación descrita en la tabla número 20. Como se puede observar, en las reformas no se contemplaron los aumentos introducidos con la Ley 890 de 2004, lo que hizo que, en las primeras dos hipótesis delictivas del tipo, existentes desde el 2000, no se aumentaran las penas, sino disminuyeran. También se introdujo un nuevo inciso donde se castiga con mayor reproche la conducta cuando “el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes”. Finalmente se crea un párrafo donde se establece la definición de objetos peligrosos.

Tabla número 20. Aumentos punitivos y ampliación del tipo penal empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, 2000-2016

	2000		2004		L1445/2011-		L1453/2011-actualidad		%	
	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Min	Max
Descripción básica	1	5	1,3	7,5	1	5	1,3	7,5	30%	30%
Comisión en escenario deportivo	No existe la hipótesis						A la anterior pena, adiciona multa y una pena accesoria		NA	
Comisión con fines terroristas	5	10	6,66	15	5	10	6,66	15	22%	50%
Comisión con riesgo a la vida, la integridad o los bienes	No existe la hipótesis				1,3	7,5	1,77	11,25	30%	50%
Porte de armas blancas u objetos peligrosos en escenarios deportivos	No existe la hipótesis						Multa y pena accesoria		NA	

Fuente: elaboración propia

El objeto principal de esta ley era regular el régimen societario de las diferentes personas jurídicas que están asociadas con el mundo deportivo, especialmente del fútbol profesional, con el fin de tener un mayor control sobre las actividades de las mismas, ordenando su conversión en sociedades anónimas. Por eso, en principio, no se contemplaba intervención alguna al Código Penal (Gaceta 588,754, 858 de 2010, Cámara). Pero en trámite en Senado, se adicionan los artículos con los que se busca reprochar penalmente algunos comportamientos, con el fin de promover la paz, la tranquilidad, la convivencia en los estadios y escenarios deportivos. Dentro de las disposiciones introducidas, se crea una serie de contravenciones que son castigadas con multa y otras penas accesorias, además de la reforma anteriormente expuesta al artículo 359 CP (Gaceta 42 de 2011 Senado).

240. Posteriormente, la Ley 1453 de 2011 incluyó dos nuevas hipótesis delictivas y aumentó las penas, restaurando el aumento punitivo que había estado vigente desde 2004. Las nuevas hipótesis fueron la realización de la conducta en un escenario deportivo o cultural y el porte de armas blancas o peligrosas en un escenario deportivo. La ley, en principio, solo preveía la segunda hipótesis (Gaceta 737 y

850, 975 de 2010, Senado), pero el trámite en Cámara, en segundo debate y en conciliación, se adicionó en su integridad el artículo (Gaceta 194 de 2011, Cámara)

Con la misma Ley 1453 se modificó el tipo de perturbación en el servicio de transporte público colectivo u oficial (art 353 CP), aumentando las penas y estableciendo un nuevo marco punitivo de cuatro (4) a ocho (8) años, lo que representa un incremento de doscientos siete por ciento (207%) en el valor mínimo y de cuarenta y cuatro coma cinco por ciento (44,5%) en el máximo.

También se agregó el tipo de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público (Art 353-A CP). La propuesta acerca de este delito está documentada en la ponencia que da cuenta del segundo debate en Cámara, sin que se extraigan argumentos concretos para su inclusión legal. Inicialmente se preveía una pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión para quien realizara la conducta; sin embargo, en conciliación quedó consagrada una pena de dos (2) a cuatro (4) años (Gaceta 194 de 2011, Cámara y 342 de 2011, Senado).

Otra intervención realizada por esta ley fue en el tipo de financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada (art. 345 CP), previamente modificado por la Ley 1121 de 2006. Los cambios consistieron en la introducción del verbo “proveer” como una conducta de relevancia penal, sin que se registren argumentos particulares, más allá de la justificación general de combatir la destinación de recursos para actividades terroristas, como se menciona en la ponencia para el segundo debate ante el Senado (Gaceta 975 de 2010, Senado).

Con la norma se adiciona además el artículo (356A CP), al cual no se asignó un nombre específico. En este tipo, sin *nomen iuris*, se penaliza a quien teniendo permiso para el porte o tenencia de armas de fuego la dispare sin que obre la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente e inevitable de otra, manera con una pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años, siempre que la conducta no tenga pena mayor. La modificación aparece en el texto aprobado finalmente en la plenaria de la Cámara (Gaceta 369 de 2011, Cámara).

También se modificó el tipo de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (art. 365 CP), aumentando el quantum punitivo. Pasa de ser una conducta castigada tras la reforma de la Ley 1142 con una pena de cuatro (4) a ocho (8) años, a ser reprochada con una pena de nueve (9) a doce (12) años, consistiendo esto en un aumento de ciento veinticinco por ciento (125%) en el valor mínimo y de cincuenta por ciento (50%) en el máximo, además de una reducción del ámbito de movilidad.

De igual forma, la norma amplió las circunstancias de agravación punitiva a tres causales más: (i) cuando se actúa en coparticipación criminal, (ii) cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen haciéndolas más letales o (iii) cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo

de delincuencia organizado. Con la reforma también se adicionaron más objetos materiales de la conducta típica, relacionados con la fabricación, el tráfico, el porte y la tenencia de partes y accesorios esenciales de armas de fuego. Tal reforma general tuvo fundamento en la necesidad de prevenir el porte de armas y su fabricación artesanal con la adquisición de partes esenciales (Gaceta 737 de 2010, Senado).

La intervención también contempló el aumento punitivo en el fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (art. 366 CP), pues con la Ley 1142 de 2011 se había establecido una pena de cinco (5) a quince (15) años, la reforma reduce el espectro punitivo ampliando la pena mínima a once (11) años, consistiendo esto en un aumento de ciento veinte por ciento (120%) en relación con la punición anterior. Tal modificación buscaba cumplir los mismos fines que la modificación anterior (Gaceta 737 de 2010, Senado).

Cabe destacar que con esta ley también se pretendían realizar otras modificaciones al título XII, tales como agregar una nueva hipótesis delictiva al código a través de la inserción de un artículo (341-A), el cual buscaba castigar la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada con una pena de nueve (9) a cinco (5) años de prisión. La finalidad de este artículo era combatir la conformación de grupos de delincuencia organizada que afectaba la seguridad de los ciudadanos (Gaceta 737 y 850 de 2010, Senado). Sin embargo, la reforma no se incorporó en el texto finalmente aprobado, sin que se evidencien argumentos puntuales de su exclusión en los documentos que dan cuenta del trámite legislativo.

241. Por último, la Ley 1762 de 2015 reforma por tercera vez el delito de concierto para delinquir (art. 340 CP). En esta ocasión se creó un nuevo inciso que castiga con pena de seis (6) a doce (12) años el concierto dirigido a la comisión de delitos relacionados con el contrabando. En la tabla que viene a continuación se muestran las diferentes posibilidades de configuración que el concierto para delinquir ofrece en la actualidad.

Tabla número 21. Aumentos punitivos y ampliación del tipo penal de concierto para delinquir, 2000-2016

	2000		2002 ¹⁰²		2004		2006 ¹⁰³		2015		%			
	m	M	m	M	m	M	m	M	m	M	m	M		
Descripción básica	3	6	3	6	4	9	4	9	4	9	33,3%	50%		
Concierto para genocidio	6	12	6	12	8	18	8	18	8	18	33,3%	50%		
Aumento de pena para organizadores, promotores...	Descripción básica		3	9	3	9	4	13.5	4	13.5	4	13.5	33,3%	50%
	Concierto para genocidio		6	18	6	18	8	27	8	27	8	27	33,4%	50%
Concierto para contrabando	No existe la hipótesis								6	12	NA	NA		

Fuente: elaboración propia

¹⁰² No hubo aumento, sino ampliación del tipo.

¹⁰³ No hubo aumento, sino ampliación del tipo.

2.3.12. *Intervenciones en los delitos contra la salud pública: Ley 1453 de 2011*

242. En relación con la protección a la salud pública (XIII), la Ley 1453 de 2011 incorporó a la legislación penal ordinaria el delito de enajenación ilegal de medicamentos (art. 374-A CP), que reemplazó el tipo de venta fraudulenta de medicamento declarado previamente inexecutable, puesto que el decreto con el que se creó fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-302 de 2010¹⁰⁴, por vicios de procedimiento.

Esta norma también modificó el listado de sustancias prohibidas en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376 CP). Además de esto, la reforma que mayor peso tuvo en el tipo fue la eliminación de la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis personal”. Sin embargo, tal supresión no excluye la dosis personal del ordenamiento jurídico, pues la Corte Constitucional, en la sentencia C-491 de 2012 declara executable la norma, “en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado”.

La reforma al artículo tuvo fundamento en la necesidad de mejorar la técnica legislativa en torno a especificación de las sustancias cuyo tráfico, fabricación o porte se castigaba. Inicialmente solo estaba prevista la adición del nitrato de amilo (Gaceta 737 de 2010, Senado), más adelante en primer debate se eliminó tal adición y se suprimió la expresión que se refería a la dosis personal, con fundamento en la imposibilidad de la dosis personal, puesto que el acto legislativo 02 de 2009 solo permitió el consumo con prescripción médica (Gaceta 850 de 2010, Senado), hasta el texto conciliado aparecen taxativamente las sustancias que se agregan en el tipo (Gaceta 342 de 2011, Senado).

También aumentó la pena de las circunstancias de agravación punitiva del delito de uso, construcción comercialización y tenencia de semisumergible (art. 377-B CP), creadas en el 2009. De tener una pena que oscilaba entre los ocho (8) y catorce (14) años, pasa a ser castigado con una punición de quince (15) a treinta (30) años, consistiendo esto en un aumento significativo de ochenta y siete coma siete por ciento (87,7%) en el valor mínimo y ciento catorce coma dos por ciento (114,2%) en el máximo.

Tal modificación no estaba prevista, pues en el primer debate en Senado simplemente se pretendía su derogación ya que entraba en conflicto con otros artículos del Código Penal que prevenían otras penas para el delito de narcotráfico. Esta situación perduró durante todo el trámite en Senado, así como en la ponencia para primer debate en Cámara (Gacetas 850 y 975 de 2010, Senado, Gaceta 43 de 2011, Cámara).

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-302-10.htm>.

En la ponencia para segundo debate en Cámara se plantea que la incoherencia entre el delito de uso, construcción comercialización y tenencia de semisumergible en su modalidad agravada, respecto al tipo de tráfico de estupefacientes, consiste en la imposición de una pena menor para aquél en relación con la sanción prevista para el narcotráfico, siendo que el primer tipo penal consagra una circunstancia de agravación punitiva relacionada con el tráfico de estupefacientes; con miras a superar tal incoherencia se plantea el aumento de penas del art. 377-B CP, propuesta que finalmente es aprobada (Gaceta 196 de 2011, Cámara).

Por último, modificó el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382 CP) agregando la conducta de “desvío del uso legal a través de empresas o establecimientos de comercio” y ampliando la cantidad de sustancias cuyo tráfico se penaliza, esto lo hace a través de una referencia a las sustancias que se encuentran en “los cuadros uno y dos de la Convención de Naciones Unidas contra los Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y las que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin”. La modificación aumenta también el valor mínimo contemplado para la pena de multa. La reforma además eliminó una circunstancia de atenuación inicialmente contemplada en el código que establecía que si tales sustancias no superaban un monto determinado la pena iba a ser menor. Al igual que el artículo 376, tiene fundamento en la necesidad de hacer más técnica la tipificación de las sustancias por las que se penaliza la conducta (Gaceta 737 de 2010, Senado).

2.3.13. Intervenciones en los delitos contra la administración pública: Leyes 1453 y 1474 de 2011

243. En torno a la intervención del bien jurídico de la administración pública (XV), la Ley 1474 de 2011 creó cinco (5) nuevos delitos, entre ellos el peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social (art. 399-A CP) y el peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral (art. 400-A CP). La finalidad declarada era proteger los recursos de sistema de seguridad social integral y los dineros destinados a la salud (Gaceta 607 de 2010, Senado).

Esta norma también adicionó el tipo de fraude a subvenciones (art. 403-A CP), el cual sanciona con pena de seis (6) a doce (12) años el engaño a la administración con el propósito de obtener subsidios o subvenciones públicas, así como sanciona la no inversión de los recursos obtenidos a través de una subvención, subsidio o ayuda de una entidad pública a la finalidad a la cual estén destinados. Así mismo, se adiciona el tipo de acuerdos restrictivos de la competencia (art. 410-A CP) que penaliza con una sanción de seis (6) a doce (12) años de prisión a quien se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso. Según la exposición de motivos, la creación de estos tipos obedece al cumplimiento de compromisos internacionales que propenden por la sanción de dichas conductas específicas, las cuales para ese entonces no podían ser subsumidas adecuadamente dentro de otro tipo penal (Gaceta 607 de 2010, Senado).

Adicionalmente, la Ley 1474 de 2011 agrega el delito de tráfico de influencias de particular (art. 411-A CP), el cual penaliza la influencia indebida que pueda tener un particular sobre un servidor público, respecto a asuntos que sean del conocimiento de este último. Esta consagración pretendía sancionar eventos bastante graves de corrupción, los cuales habían quedado impunes debido a que la normatividad penal anterior únicamente preveía esta conducta por parte de un sujeto activo calificado, correspondiente al servidor público (Gaceta 407, 784 de 2010, Senado)

Por otra parte, la norma reformó algunos elementos del tipo en los delitos de tráfico de influencias de servidor público (art. 411 CP), enriquecimiento ilícito (art. 412 CP) y soborno transnacional (art. 433 CP). Respecto al primero, se adicionó un párrafo donde se aclara que no es punible la intervención realizada por los miembros de corporaciones públicas ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región. Cabe indicar que dicha modificación fue introducida durante segundo debate en Cámara, sin que medie argumentación explícita (Gaceta 258 de 2011, Cámara).

Con relación al segundo, se aumenta el tiempo en que el servidor público puede incurrir en el delito de enriquecimiento ilícito (art. 412 CP), pasando de dos (2) a cinco (5) años después de la desvinculación del cargo de la administración pública; además se modifica la pena inferior del tipo, la cual en principio era establecida en ocho (8) y años de acuerdo con la Ley 890 de 2004, para ser elevada de nueve (9) años de prisión por mandato de la Ley 1474 de 2011, variación que corresponde a un aumento del doce coma cinco por ciento (12,5%). Cabe señalar que el proyecto de ley inicial tenía previsto eliminar el marco temporal dentro del cual se podía cometer el mencionado delito, de modo tal que el exservidor podía ser sujeto activo de la conducta durante toda su vida con independencia de la fecha de desvinculación del cargo público (Gacetas 607, 784 y 1002 de 2010, Senado); no obstante, en el texto aprobado en plenaria se fija el límite temporal de cinco (5) años, sin que se evidencie justificación explícita para ello (Gaceta 1117 de 2010, Senado).

Respecto al tercer tipo, soborno transnacional (art. 433 CP), se adicionó un párrafo que estipula la definición de servidor público extranjero con el fin de ajustar la normatividad nacional al sujeto activo calificado consagrado en la legislación internacional; a la par se surte un aumento punitivo, pasando de ocho (8) y quince (15) años –Ley 890 de 2004–, a nueve (9) a quince (15) años de prisión, lo cual representa un incremento del doce coma cinco por ciento (12,5%) en el valor mínimo (Gacetas 607, 784 y 1002 de 2010, Senado).

De igual modo, la Ley 1474 de 2011 modificó las circunstancias de atenuación punitiva de los delitos de peculado (art. 401 CP). Por un lado, a través de la ampliación de las conductas cobijadas por dicho artículo, insertando como forma de atenuante la acción de corregir la aplicación oficial diferente de la destinada en torno a los bienes del Estado –peculado por aplicación oficial diferente–; de otro lado, se adicionó la expresión “actualizado con intereses” en relación con el

reintegro del valor del bien del Estado que ha sido objeto de peculado. La finalidad de esta disposición era hacer más precisa la tipificación y “lograr una reparación al Estado con el fin de subsanar el detrimento patrimonial del erario público originado en la conducta de peculado” (Gaceta 607 de 2010, Senado).

Finalmente, la norma en su artículo 33, adopta una medida penal relevante, dado que establece una circunstancia de agravación punitiva que aumenta la pena de una sexta parte a la mitad de catorce (14) delitos relacionados con la corrupción, cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado; es pertinente poner de presente que dicha circunstancia de agravación punitiva no fue incorporada formalmente al Código Penal. Los delitos relacionados con la agravación punitiva en torno a la corrupción cometida por el mencionado sujeto activo calificado son los siguientes:

- Estafa (art. 246 CP)
- Abuso de confianza calificado (art. 250 CP)
- Lavado de activos (art. 323 CP)
- Peculado por apropiación (art. 397 CP)
- Concusión (art. 404 CP)
- Cohecho propio (405 CP)
- Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 CP)
- Interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 CP)
- Contratos sin el cumplimiento de requisitos legales (art. 410 CP)
- Tráfico de influencias de servidor público (art. 411 CP)
- Enriquecimiento ilícito (art. 412 CP)
- Prevaricato por acción (art. 413 CP)
- Prevaricato por omisión (art. 414 CP)
- Soborno transnacional (art. 433 CP)

Inicialmente se había pensado en agravar las penas para un reducido número de tipos, entre los que se hallaban el cohecho impropio y la celebración indebida de contratos, empero en segundo debate ante Cámara se inserta el susodicho artículo que agrava en conjunto un gran número de conductas, sin que se registre justificación explícita al respecto (Gaceta 258 de 2011, Cámara). Finalmente, en el texto de conciliación aparecen las catorce (14) conductas enlistadas con anterioridad (Gaceta 312 de 2011, Cámara).

244. La Ley 1453 de 2011 modificó el delito de simulación de investidura o cargo (art. 426 CP). Los cambios consistieron en un aumento punitivo, una ampliación del espectro del tipo y la creación de una nueva circunstancia de agravación punitiva. En primer lugar, cabe indicar que hasta antes de la reforma del 2011, el delito estaba sancionado con multa; a partir de la Ley 1453 el tipo de simulación de investidura o cargo (art. 426 CP) pasó a ser sancionado con una pena de dos (2) a cuatro (4) años y una multa de tres (3) a quince (15) salarios. En segunda instancia, en lo que concierne a la ampliación del espectro del tipo, se agregó un segundo inciso que castiga con la misma pena el uso de uniformes e insignias de personas jurídicas. Igualmente, se creó un inciso tercero que estableció una circunstancia de agravación punitiva que duplica la pena en los casos de ejecución de la conducta con fines terroristas, o cuando la conducta se cometa haciendo parte de un grupo de delincuencia organizada. Por último, se eliminó la expresión “únicamente”, contemplada originalmente en el código.

Al examinar el proceso legislativo es posible afirmar que el proyecto de ley inicial se limitaba al establecimiento de una pena de prisión para el mencionado delito, situación que perduró durante todo el trámite en Senado (Gaceta 737, 850 y 975 de 2010, Senado). De otro lado, en primer debate en Cámara se eliminó la expresión mencionada con el objeto de mejorar la redacción legal (Gaceta 43 de 2011, Cámara). Por último, en instancia de conciliación fueron adicionados los parágrafos que hoy en día integran el delito. Sin embargo, a lo largo del trámite legislativo no se extrae justificación expresa que haya motivado las modificaciones concretas (Gaceta 342 de 2011, Senado).

Así mismo la norma modificó el artículo 427 del Código Penal constitutivo de una circunstancia de agravación punitiva de los delitos de usurpación de funciones públicas (art. 425 CP) y simulación de investidura o cargo (art. 426 CP), cuando cualquiera de las conductas establecidas en alguno de los dos artículos se realiza con fines terroristas. La reforma consistió en un aumento punitivo, a través del cual se elevó la pena anterior, la cual era de uno coma tres (1,3) a seis (6) años de prisión, incrementándola a un lapso de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, consistiendo esto en un aumento del doscientos siete por ciento (207%) en el valor mínimo y del treinta y tres coma tres por ciento (33,3%) en el quantum máximo.

Del mismo modo, a partir de la intervención se adiciona el delito de abuso de función pública (art. 428 CP) como uno de los tipos agravados en relación con los fines terroristas. Aunque en un inicio sólo se tenía previsto realizar el aumento punitivo con el objetivo de hacer posible la aplicación de la medida de detención preventiva (Gaceta 737 de 2010), durante primer debate ante Cámara se determina que la inclusión del art. 428 del CP dentro de las circunstancias de agravación punitiva aseguraría la coherencia del ordenamiento jurídico respecto a los delitos relacionados con la usurpación y el abuso de funciones públicas (Gaceta 43 de 2011, Cámara).

Con esta ley también se aumentó la pena del delito de violencia contra servidor público (art. 429 CP) y el delito de perturbación de actos oficiales (art. 430 CP). En el primer caso, teniendo como referente una pena de uno coma tres (1,3) a cuatro coma cinco (4,5) años –tras los aumentos de la Ley 890 de 2004– y pasando a una sanción que oscila entre los cuatro (4) y ocho (8) años de prisión, se concluye que el incremento presentado fue de doscientos siete por ciento (207%) en el valor mínimo y de setenta y siete coma siete por ciento (77,7%) en el máximo. Tal modificación no estaba contemplada inicialmente, siendo solo hasta ponencia del segundo debate ante el Senado donde se produce tal incremento, sin que se registre argumento concreto al respecto (Gaceta 194 de 2011, Cámara).

En el segundo caso, es decir perturbación de actos oficiales (art. 430 CP), desde el año 2000 estaba contemplada como única pena principal la multa; la reforma agregó a esta la pena de prisión de dos (2) a cuatro (4) años; además aumentó el quantum contemplado en la agravación punitiva, específicamente el valor máximo, pasando de tener una punición de siete coma cinco años (7,5) años –pena prevista por la Ley 890 de 2004–, a ser castigada con ocho (8) años de prisión, consistiendo esto en un aumento del seis coma sesenta y seis por ciento (6,66%). No se evidencia otra razón específica, además de la necesidad de proteger a la ciudadanía, que dé cuenta de las razones de dicho aumento (Gacetas 737, 850 y 975 de 2010, Senado).

2.3.14. *Intervenciones en los delitos contra la impartición de justicia: Leyes 1453 y 1474 de 2011 y 1762 de 2015*

245. La Ley 1474 de 2011 aumentó las penas de los delitos de soborno (art. 444 CP) y de soborno en actuación penal (art. 444-A CP), creado en el 2004 por la Ley 890, los cuales en esta última tenían prevista una pena de cuatro (4) a ocho (8) años. Con esta norma pasan a ser castigadas de seis (6) a doce (12) años, implicando esto un aumento del cincuenta por ciento (50%) tanto en quantum mínimo como en el máximo. Estas modificaciones, son integradas en el segundo debate en Cámara (Gaceta 258 de 2011, Cámara).

246. La Ley 1453 de 2011 tenía previstas varias reformas a este título, una de ellas fue la fallida reforma al tipo de falsa denuncia (art. 435 CP) en la que se pretendía incorporar una nueva hipótesis al tipo consistente en la activación infundada del sistema de búsqueda de personas desaparecidas.

También se planteó reformar el delito de falsa denuncia a persona determinada (art. 346 CP) aumentando la pena, pero al igual que el anterior se descartó en primer debate. Tales modificaciones, se sostenía, buscaban llenar el vacío del código de procedimiento penal, puesto que no contemplaba el juramento para la realización de la denuncia (Gaceta 737 de 2010, Senado). En primer debate en Cámara se propone reformar el parágrafo del art 435 CP, puesto que la persona

que llama podría esta inducida al error, por eso se penaliza el hecho de que llame tres (3) veces. Sin embargo, tal reforma se descarta en los informes de conciliación y no se intervienen los tipos (Gaceta 342 de 2011, Senado).

Pese a lo anterior, esta ley tuvo influencia en este título, puesto que con ella se volvió a insertar en la legislación penal el delito de comercialización de autopartes hurtadas (art. 447-A CP). Esta conducta punible había sido incorporada en el 2002, a través de la Ley 733, pero fue declarada inexecutable en la sentencia C-205 de 2003¹⁰⁵ como fue expuesto cuando se desarrollaron las modificaciones surtidas en el primer lustro¹⁰⁶.

El nuevo texto en el 2011 elimina las expresiones contrarias a la Constitución y adiciona un párrafo que luego es declarado inexecutable en la sentencia C-365 de 2012¹⁰⁷. La disposición fue acusada de carecer de razonabilidad por no proteger un bien jurídico determinado, de legalidad por ser un tipo penal en blanco y no tener definida la conducta específica y de violar el principio de presunción de inocencia. La Corte la excluye del ordenamiento jurídico por no cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pues la comisión de la conducta es tan difusa que no podría considerarse un delito de peligro abstracto, concluye diciendo que la norma “presenta consecuencias desproporcionadas e innecesarias político criminalmente frente a la actividad aseguradora y frente a los derechos de los beneficiarios de las pólizas de seguros”.

247. En el 2015, a través de la Ley 1762, este delito es derogado y la hipótesis delictiva que criminalizaba es incorporada al delito de receptación (art. 447 CP), adicionando un último inciso que señala que la pena imponible a la conducta de receptación será aumentada hasta en la mitad si recae sobre “los siguientes productos o sus derivados: aceites comestibles, arroz, papa, cebolla, huevos, leche, azúcar, cacao, carne, ganado, aves vivas o en canal, licores, medicamentos, cigarrillos, aceites carburantes, vehículos, autopartes, calzado, marroquinería, confecciones, textiles, acero o cemento, en cuantía superior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (art. 13, Ley 1762 de 2015).

248. En cuanto al delito de favorecimiento de la fuga (art. 449 CP), la Ley 1453 de 2011 lo modificó para incluir como elemento del tipo el favorecimiento en los casos de sujetos capturados, ya no solo condenados o detenidos, inserción que tenía como finalidad proteger la seguridad de la ciudadanía (Gaceta 737 de 2010, Senado). En esta ocasión no se registran aumentos punitivos.

En relación con el eximente de responsabilidad en los casos de fuga de presos (art. 452 CP) esta misma disposición normativa redujo el término para

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-205-03.htm>.

¹⁰⁶ Ver *supra*, sección 2.1.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-365-12.htm>.

considerar la fuga, cuando hay retorno voluntario, solamente desde el punto de vista disciplinario; con esto, el término pasa de setenta y dos (72) a treinta y seis (36) horas. Tal aumento, que no fue contemplado en Senado (Gacetas 737, 850 y 975 de 2010, Senado) se inserta en el primer debate en cámara con el fin de “evitar que los internos cometan delitos a través de este mecanismo de exclusión de la responsabilidad penal” (Gaceta 43 de 2011, Cámara).

Del mismo modo, la Ley 1453 de 2011 modificó el tipo de fraude a resolución judicial (art. 454 CP). En este caso se trató de la ampliación del espectro del tipo para incluir como delito, no solo el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la resolución judicial, sino también el incumplimiento relacionado con resoluciones administrativas de policía. En relación con la pena, la reforma redujo los marcos punitivos a través de la supresión de las sanciones impuestas por la Ley 890 de 2004, restableciendo el marco fijado originalmente en la Ley 599 del 2000, correspondiente a uno (1) a cuatro (4) años de prisión; de los documentos que dan cuenta del trámite legislativo no es posible extraer una justificación para tal retorno a la pena inicialmente prevista respecto al delito de fraude a resolución judicial (Gaceta 975 de 2010, Senado)

2.3.15. Las leyes de seguridad ciudadana y la reforma al derecho penal (ii). El caso de la Ley 1453 de 2011

249. Se buscaba cumplir con cuatro objetivos: eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales.

En esta ley, dada la cantidad de modificaciones que se hicieron en materia de derecho penal sustancial y procesal, resulta difícil encontrar los fundamentos de lo que se considera seguridad ciudadana, porque al paso que se intervienen definiciones típicas que afectan o pueden poner en peligro en gran medida e indiscriminadamente a los miembros de la sociedad (tal sería el caso del delito tipificado en el artículo 188 D), también se presentan reformas en otros tipos penales alejados de los conceptos tradicionales de seguridad ciudadana, como es el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables, del artículo 328 del Código Penal.

En la Ley 1453 además se reforman algunas instituciones jurídicas que brindan pautas respecto de lo que el Estado considera fuentes de afectación de la seguridad ciudadana, y claramente se puede encontrar, en este sentido, que son especialmente incidentes en la seguridad ciudadana las personas condenadas a pena de prisión superior a ocho (8) años, a quienes por virtud del numeral 2

del artículo 3 de esta ley no se les permite acceder a mecanismos de seguridad electrónica como sustitutivos de la pena de prisión, sin importar la conducta por la cual hayan sido condenados, ni los avances que hayan podido lograr en su proceso de resocialización al interior del establecimiento penitenciario.

Similar medida –no acceso a la vigilancia electrónica– se contempla para quienes hayan sido condenados por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores, de forma que introduce un concepto de reincidencia bastante amplio al restringir el acceso a la medida sustitutiva por el simple hecho de la condena, sin advertir que pueden presentarse situaciones en las que una sentencia anterior puede no ser significativa en materia de seguridad ciudadana.

El artículo 65 de la Ley 1453 modificó levemente las disposiciones de la Ley 1142 que, a su turno, había reformado el contenido del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal en lo que se refiere al concepto de peligro para la comunidad que puede justificar la detención preventiva de quien esté imputado de la comisión de un delito. Estas modificaciones no se relacionan directamente con la proporcionalidad de las sanciones penales por tratarse de meros criterios que se entregan al juez de garantías para evaluar la procedencia de la medida cautelar.

No obstante, si se examina en detalle la modificación, la regulación hoy vigente introducida por la Ley 1453 conduce a que los funcionarios judiciales se apeguen a criterios de peligrosidad y de necesidad de una mayor sanción para quienes se encuentren en las situaciones previstas en la norma procesal, con lo que se afecta la proporcionalidad concreta de las sanciones impuestas.

Según el esquema inicial de la Ley 906, el peligro para la comunidad se derivaba de la gravedad del hecho, la pena imponible, la continuidad de la actividad delictiva, la vinculación del imputado a una organización criminal, el número y naturaleza de los delitos imputados, las medidas cautelares y las sanciones impuestas por delitos dolosos o preterintencionales. En la Ley 1142 se modificó esta estructura para juzgar como peligro para la comunidad solamente la gravedad y modalidad de la conducta punible, dejando los demás aspectos –u otros similares– como valoraciones no necesarias al momento de decidir sobre la detención preventiva.

Si se revisan las penas asignadas por la Ley 1453 con las que para los mismos delitos tenía asignadas la Ley 599, no se puede encontrar, en materia de proporcionalidad, un criterio que permita determinar cómo el legislador ha incrementado las sanciones penales para las conductas que en su criterio afectan la seguridad ciudadana. Esto se puede colegir, por ejemplo, al examinar los incrementos a los mínimos de pena frente a los tipos penales contenidos en los artículos 197 y 359.1, pues si al primero se aumentó el mínimo de pena de 16 a 48 meses (equivalente a un 300%), en el segundo, el límite inferior sufrió modificación de 12 a 16 (equivalente apenas a 33%).

Similar consideración puede hacerse si se revisan los máximos de las penas aplicables en los artículos 359.3 y 382.1, ambos sancionados con pena máxima de 180 meses de prisión, que por virtud de la Ley 1453 el primero pasó a tener una sanción de 270 meses, al paso que el segundo conservó la sanción máxima.

Como no se encuentran criterios de proporcionalidad en los antecedentes de las leyes, ni se pueden ubicar razones por las cuales los aumentos se hacen en la forma como finalmente resultaron, podemos afirmar que la Ley 1453, a pesar de haberse fundamentado en una sola razón para la intervención en los tipos penales, no concretó la forma como cada una de las conductas incide en la seguridad ciudadana, ni el porqué era necesario aumentar –o mantener inalterada– la pena fijada para los tipos penales intervenidos.

2.3.16. *Síntesis del periodo 2011-2015*

250. La síntesis es la siguiente:

Tabla número 22. Síntesis de las reformas en el periodo 2011-2015

REFORMAS		NÚMERO
Aumentos punitivos		33
Creación de tipos		33
Ampliación del espectro de los tipos		40
Otras	Eliminación de incisos	3
	Derogación	1
	Cambio de multa a prisión (aumento cualitativo)	4
	Introducción de concepto	2
	De dolo a culpa	1

Fuente: elaboración propia

Como importante en este período es necesario resaltar que el legislador optó por la creación de treinta y tres (33) tipos penales, sin examinar la necesidad de su creación, o justificándola solamente en características particulares de la víctima, del autor o del objeto material del delito y, en ocasiones, sin hacer una remisión que lógicamente permita en el futuro la armonización de las disposiciones con posibles modificaciones de la conducta o de la sanción.

En este sentido, por ejemplo, durante este período se creó el delito denominado “Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral” en el que se describió la conducta como la de dar una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral, que se corresponde más con el peculado por aplicación oficial diferente (artículo 399 CP) y la pena se remitió a la señalada en el artículo 400 CP relativa al peculado culposo.

De otra parte, algunos de los delitos se crearon con la justificación de dar cumplimiento a las obligaciones internacionalmente adquiridas por el Estado colombiano, sin advertir que la legislación colombiana recogía las hipótesis delictivas (así ocurre con el delito de fraude a subvenciones, que es una forma de peculado o de estafa).

Lo que se puede concluir de esta técnica legislativa especial (crear delitos ante comportamientos ya tipificados o crear delitos mediante la modificación de alguno de los elementos integradores del tipo), es que el legislador ha optado por estas vías como una forma más de evadir la necesaria fijación de criterios de proporcionalidad punitiva, pues a través de estos mecanismos puede asignar las penas más o menos caprichosamente, sin referencia a la gravedad de la conducta o a la afectación al bien jurídico.

2.4. CUARTO MOMENTO: 2016

251. De acuerdo con la distribución que ha estructurado la presentación hasta este momento, con el 2016 se inaugura un nuevo lustro de vigencia de la Ley 599 de 2000. En lo corrido de este año se han creado tres (3) leyes ordinarias que se exponen a continuación.

Tabla número 23. Leyes que modifican la parte especial del Código Penal, 2016

LEY	DESCRIPCIÓN GENERAL	ESTADO
1773 de 2016	Modificación de las lesiones personales y creación del tipo penal de lesiones con agentes químicos	Vigente
1774 de 2016	Creación de un nuevo título en el Código Penal relacionado con la protección de los animales	Vigente
1778 de 2016	Modificación del delito de soborno transnacional	Vigente

Fuente: elaboración propia

Tabla número 24. Distribución de las reformas de acuerdo a los títulos CP, 2016

LEY	TÍTULO PARTE ESPECIAL				
	I	XI-A	XII	XV	TOTAL
1773 de 2016	x		x		2
1774 de 2016		x			1
1778 de 2016				x	1
TOTAL	1	1	1	1	

Fuente: elaboración propia

2.4.1. Ley 1773 de 2016. Lesiones con agentes químicos

252. A través de esta ley se creó el delito de lesiones con agentes químicos ácido o sustancias similares (art. 116-A CP). Correlativamente, con el objeto de

dar coherencia al asunto, se eliminó el tercer inciso del artículo 113 del Código Penal, el cual había sido introducido por la Ley 1639 de 2013 y consistía en castigar con una pena mayor las lesiones que generaran deformidades transitorias o permanentes cuando fueran causadas con ácidos.

Así mismo, la ley modificó el delito de tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (art. 358 CP), incluyendo dentro de las sustancias peligrosas a los “ácidos, álcalis, sustancias similares o corrosivas”. Finalmente, incluyó el nuevo tipo creado dentro de aquellos delitos que no admiten ser objeto de los beneficios o subrogados penales.

Cabe destacar que el nuevo tipo penal consagra una pena de doce coma cinco (12,5) a veinte (20) años por el hecho de generar daño en la salud. Así mismo, impone una pena de veinte coma nueve (20,9) a treinta (30) años, y si se llegase a causar daño permanente la pena se aumentará hasta en una tercera parte. También, si el ácido fuera lanzado en el rostro implicando en las dos hipótesis anteriores penas máximas de veintiséis coma seis (26,6) años y cuarenta (40) años respectivamente, penas superiores en comparación con el homicidio simple. Llama la atención el hecho de que si esta conducta se cometiere en concurrencia con las circunstancias de agravación previstas en el artículo 119 CP, en la primera hipótesis la pena oscilaría entre los veintisiete coma nueve (27,9) y los sesenta (60) años de prisión; y, frente a la segunda hipótesis la pena sería de cuarenta y uno coma ocho (41,8) a ochenta (80) años de prisión, superando en ambos casos el límite permitido de cincuenta (50) años¹⁰⁸.

En torno a la finalidad de la norma, en el trámite legislativo se afirma que con la creación de un tipo que contempla penas severas se busca prevenir los ataques disuadiendo al agresor a cometerlos –prevención general negativa–, puesto que, si bien ya había sido penalizada la conducta, su tipificación no había tenido algún efecto optimizador y Colombia seguía dentro de los primeros lugares en la lista de los países donde más ataques con ácido se presentan (Gaceta 366 de 2014, Cámara).

En el proyecto de ley inicialmente planteado también se tenía previsto la inserción de un agravante para el tipo de homicidio; igualmente, durante primer debate en Cámara se planteó la posibilidad de reformar también el artículo de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (art 359 CP), aumentando las penas cuando involucre ácidos (Gaceta 481 de 2010, Cámara). Sin embargo, durante primer debate en Senado se descartan ambas propuestas, puesto que existen en el código otras circunstancias de agravación punitiva que prevén tal hipótesis y en el segundo caso no resultaba claro cuáles eran las razones que fundamenten el aumento, siendo que el proyecto estaba dirigido a la creación de un tipo penal que contuviera él mismo sanciones más gravosas.

¹⁰⁸ Al respecto, ver *infra*, sección 3.1.2.2.2.

En el nuevo tipo penal se incorpora un párrafo en el que se contempla que, en el caso de imponerse medida de seguridad, esta tendrá la misma duración de la pena principal de prisión. Los ponentes exponen que “esta aclaración busca evitar la impunidad, frecuente en la mayoría de ataques con ácidos, cuando el victimario busca acceder a beneficios, como la sustitución de la pena, valiéndose de maniobras fraudulentas para que los dictámenes determinen su inimputabilidad” (Gaceta 684 de 2015, Senado).

En relación con lo anterior, la medida del primer párrafo puede ser controversial en el sentido que fijaría una medida de seguridad que oscilaría dentro los marcos punitivos previstos para el artículo, lo que entraría en tensión con el artículo 70 del propio código que establece que la duración máxima de la medida es de veinte (20) años. Lo anterior cobra especial significación si se consideran las diferencias que existen en el derecho penal colombiano entre los imputables y los inimputables:

Tabla número 25. Diferencias entre imputables e inimputables en el derecho penal colombiano

	IMPUTABLES	INIMPUTABLES
Descripción	Son quienes actúan culpablemente al momento de la realización de la conducta punible, es decir que comprenden la ilicitud del comportamiento y se orientan a partir de esa comprensión.	Son quienes no actúan culpablemente, ya sea por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estado similares (Art. 33 CP).
Estructura del delito	Para que sea punible se requiere que sea típica (1), antijurídica (2) y culpable (3) (Art. 9 CP).	Para que sea punible se requiere que sea típica (1), antijurídica (2) y no existan causales de ausencia de responsabilidad (3) (Art. 9 CP).
Consecuencia penal	Aplicación de una pena	Aplicación de una medida de seguridad
Finalidad de la consecuencia	Prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión (Art. 4 CP).	Protección, curación, tutela y rehabilitación (Art. 5 CP).
Duración de las de las consecuencias	Previsto en el tipo penal respectivo.	“El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento” (C176/93 y C297/02).

Fuente: Consejo Superior de Política Criminal (2016)

De otra parte, en este mismo debate se hace explícita la aplicación de la tentativa para el delito y se argumenta que, si bien la sanción del nuevo tipo tiene una pena equiparable al homicidio, esta es necesaria puesto que la gravedad de la lesión perjudica de manera radical la vida: “todas estas connotaciones que evidencia la gravedad de la conducta, han llevado a sus víctimas afirmar que están enterradas en vida” (Gaceta 684 de 2015, Senado).

2.4.6. *Ley 1774 de 2016. Protección animal*

253. Por su parte, la Ley 1774 de 2016, que creó el título XI-A, denominado “Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales”, incorporó al Código Penal dos tipos nuevos: Uno con el mismo nombre del título (art. 339-A CP), que penaliza el maltrato de los animales domésticos, amansados, silvestres vertebrados o exóticos vertebrados, con una pena de uno (1) a tres (3) años de prisión; el otro tipo creado corresponde al agravante punitivo (art. 339-B CP) que aumenta las penas de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta se comete con sevicia, cuando una o varias de las conductas mencionadas se perpetran en vía o sitio público; valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos; cuando se cometan actos sexuales con los animales y cuando alguno de los delitos previstos se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas; cabe indicar que esta norma exceptúa las conductas que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento, las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos, y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas y las acciones que tienen como fin salvaguardar la seguridad pública.

De igual manera, la mencionada ley introdujo varias disposiciones administrativas junto con las normas penales anteriormente señaladas, conjunto normativo que tenía como motivación no solo “la protección misma de los animales, sino la protección de un medio ambiente saludable para el hombre, el sano equilibrio de este en sus ámbitos sociológicos, psicológicos, emocionales, físicos y ecológicos” (Gaceta 479 de 2014, Cámara).

De acuerdo a lo expuesto durante el trámite legislativo, la modificación del Código Penal “es necesaria para sensibilizar y llamar la atención sobre la problemática de maltrato hacia los animales”, pues si bien estos no son titulares de derechos fundamentales, sí son sujetos de protección; además se afirma que hay una relación entre la violencia contra los animales y aquella dirigida contra los seres humanos, siendo necesaria la erradicación de ambos tipos de violencia a través del uso de herramientas jurídicas (Gaceta 645 de 2014, Cámara). Por último, se acota que “la concepción y filosofía que orienta la creación del tipo penal no pretende en esencia una acción retaliadora y coercitiva, [sino] generar una nueva conciencia y una mejor educación frente al trato animal” (Gaceta 241 de 2015, Senado).

2.4.3. *Ley 1776 de 2016. Soborno transnacional*

254. La Ley 1776 de 2016 modificó algunos elementos del tipo de soborno transnacional, en especial para ampliar el concepto de servidor público extranjero. La modificación consistió en adicionar el elemento “relacionado con el ejercicio de

sus funciones” a los actos de corrupción que podría realizar el sujeto activo de la conducta, y en hacer más amplia la definición de servidor público extranjero que previamente se había consignado en el párrafo adicionado con la Ley 1474 de 2011.

La reforma buscaba corregir las falencias que el grupo de análisis de la OCDE encontró en el Código Penal y en la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, la intervención puntual en el tipo se hizo con la finalidad de “evitar vacíos en la aplicación de la convención, en particular el artículo 1° que define las conductas que los Estados se han comprometido a sancionar” (Gaceta 678 de 2014, Cámara). Puesto que la implementación “se inserta en una red de colaboración multinacional en aspectos penales que permitirá perseguir el cohecho que se inicia en otros países y se materializa en Colombia” (Gaceta 678 de 2014, Cámara). En ese sentido, se sostuvo, el país tendrá la posibilidad de ser evaluada favorablemente en la OCDE (Gaceta 678 de 2014, Cámara).

2.4.4. Síntesis del periodo: 2016

255. La síntesis de lo que se lleva del año 2016 es la siguiente:

Tabla número 26. Síntesis de las reformas en el 2016

REFORMAS	NÚMERO
Aumentos punitivos	0
Creación de tipos	3
Ampliación del espectro de los tipos	2
Otras Eliminación de incisos	1

Fuente: elaboración propia

UMBRAL 1

PROPORCIONALIDAD Y ACTIVIDAD LEGISLATIVA

La cantidad de reformas penales hechas por el Estado colombiano en los últimos quince (15) años son relativamente iguales en cantidad a las realizadas en los países con los cuales se comparó la actividad legislativa, siendo en promedio 3,53 leyes por año, un poco superior a la media de los demás países, cercana a los 3,0 por año. Bajo esta perspectiva, podría decirse que la función legislativa se ejerce comparativamente en términos responsables.

No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta que esa actividad legislativa parece no corresponder a las situaciones específicas de la realidad nacional. En efecto, Colombia ha vivido en los últimos sesenta años en una situación de conflicto armado, generadora de altos índices de violencia, inestabilidad y cuestionamiento a la legitimidad del Estado. Sin embargo, llama la atención que de cincuenta y tres (53) leyes expedidas entre 2001 y 2016, solamente ocho (8) parecen responder a situaciones íntimamente ligadas con el conflicto armado colombiano o que pretenden incidir en comportamientos que son propios, aun cuando no exclusivos, de los grupos armados ilegales¹. De ellas, cinco (5) se produjeron a iniciativa gubernamental, particularmente del Ministerio de Justicia y del Derecho (en su denominación actual).

Es notoria, por otro lado, la preocupación del legislador colombiano por aumentar las penas en los casos de los delitos sexuales. Siete (7) de las 53 leyes expedidas, esto es, el 13,20%, se refieren a reacciones contra este tipo de comportamientos, y cuando menos dos de ellas fueron expedidas en el mismo año. Esta cantidad de reformas sobre el mismo tema indica que sucesivamente se han venido interviniendo los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales –muchas de ellas relacionadas con la protección de los niños, niñas y adolescentes– como si las conductas se hubieran transformado con mucha asiduidad. Sin embargo, la mayoría de las veces la intervención frente a estos delitos no se ha hecho con la finalidad de afinar las descripciones típicas, o cobijar con ellas nuevos comportamientos, sino para aumentar las penas, con lo que se puede concluir que no se tienen claros los fundamentos de la prevención general o de la retribución que han orientado al Congreso de la República en esta materia.

¹ Leyes 733 (secuestro); 759 (minas antipersonal); 975 (desmovilización paramilitares); 1028 (apoderamiento de hidrocarburos); 1121 (financiación del terrorismo); 1200 (secuestro extorsivo); 1426 (protección de defensores de derechos humanos y periodistas), y 1719 (violencia sexual en el conflicto armado).

En materia de criterios de proporcionalidad, el legislador colombiano no ha dado muestras de abordar la problemática, lo cual se demuestra en el hecho de que las distintas iniciativas legislativas no van acompañadas de argumentos que permitan establecer cuánta o cuál pena corresponde a cada una de las conductas intervenidas, ni con referencia a qué se hace el incremento punitivo. En este sentido, lo único que podría deducirse de las reformas penales es que el legislador actúa reactivamente ante circunstancias coyunturales y por ende basa el aumento de penas, el endurecimiento de la reacción penal y la ampliación de los tipos penales, en meros criterios retribucionistas, aun cuando la mayoría de las veces se esgrimen fines de prevención general.

Lo malo de ello no es que se aumente la sanción con el mero criterio de retribución; lo que sucede es que no se abre el debate a la discusión democrática sobre el tema, porque se pone el énfasis –en las pocas veces en las que se hace– en la necesidad de aumentar la pena como forma de prevención de la conducta o mecanismo para atajar el incremento de las conductas, y no en el sentido y alcance de la retribución punitiva y las condiciones específicas en las que un determinado incremento pueden significar una “retribución justa” a la conducta delictiva, como lo exige el Código Penal en su artículo 4.

En algunas ocasiones el legislador nacional acude a argumentos de proporcionalidad para justificar la asignación de una pena, arguyendo, por ejemplo, que resulta injusto sancionar de la misma forma el tráfico de moneda falsificada en baja cantidad con la misma conducta en gran cantidad (Ley 777), o que los delitos relacionados con estupefacientes no pueden tener mayor sanción que el delito de trata de personas (Ley 747). No obstante, en la discusión parlamentaria recogida documentalmente no se encuentran valoraciones o tests de proporcionalidad que expliquen la diferencia punitiva.

En otras oportunidades el argumento de proporcionalidad (Ley 759, por ejemplo) se relaciona con la afectación de múltiples bienes jurídicos, o la magnitud del daño causado al mismo y, al igual que sucede con otras justificaciones, no se construyen principios que orienten al legislador, sobre esas bases, a determinar cuánta pena es necesaria para alcanzar los objetivos de protección del bien jurídico, o de retribuir el daño causado, o cómo se puede medir el daño, o de qué manera la norma puede incidir en la evitación de la conducta.

De esta forma, se presentan en distintas leyes algunas irracionalidades, como puede verse, por ejemplo, en el hecho de que el delito de acceso carnal violento tiene una sanción más benigna que el de inducción a la prostitución, siendo éste un comportamiento que irroga un menor daño al bien jurídicamente protegido por el derecho penal. La ley 1357 muestra otra irracionalidad, porque con base en el daño causado por la conducta, se propuso inicialmente asignar a la conducta prevista en el artículo 316 una sanción de 61 a 144 meses, y esta finalmente se fijó entre 10 y 20 años, sin que se explicara por qué razón se consideró un mayor daño al inicialmente establecido en el proyecto.

Varias de las reformas penales se han justificado a través de la necesidad de adaptar la legislación nacional a las obligaciones internacionalmente adquiridas por el Estado colombiano en algunas materias. Esta justificación, sin embargo, no hace análisis acerca de la proporcionalidad de las penas asignadas a los comportamientos agregados al código o modificados en su redacción, ni se dan argumentos sobre la forma como tales conductas son consideradas en el concierto internacional de naciones, ni se presentan análisis de legislación comparada que orienten al legislador colombiano sobre la medida y la calidad de la pena, perdiendo entonces la oportunidad de responder en forma más racional al problema de la determinación de la sanción. Tampoco se examina, en estos casos, si con las respuestas penales hasta el momento integradas a la legislación, es suficiente para cumplir con los compromisos internacionalmente adquiridos por Colombia.

Puede destacarse, de la misma forma, que el legislador colombiano acude a la criminalización de conductas con un mero efecto simbólico, si se tiene en cuenta que varias de las que han motivado las reformas no se reflejan en el sistema penitenciario, ni a través de la detención preventiva, ni a través de condenas impuestas; o bien, que las modificaciones pueden ser tardías, en la medida en la que los comportamientos que las constituyen han desaparecido del marco de acción en el que han tenido o pueden tener lugar. De este tipo son algunas de las reformas introducidas mediante la Ley 1719, expedida con la finalidad de introducir algunos nuevos delitos relacionados con el conflicto armado y que por razón del principio de legalidad no podrían tener aplicación a los graves hechos que se han presentado.

En muchas ocasiones las leyes que modifican la penalidad de las conductas descritas como delitos en el Código Penal se justifican a través de afirmaciones que carecen de evidencia empírica, en el entendido de que se ha venido asumiendo, incorrectamente, que este tipo de evidencia se suple con la cita de estadísticas sobre el delito, sobre la victimización o sobre la magnitud de los daños causados. Sin embargo, se deja de lado que la evidencia empírica también hace relación a la forma como determinada conducta se percibe y se “vive” en el territorio nacional, en donde puede no tener reproche social muy alto, o en donde se configura a partir de elementos que no se incorporan, o se incorporan incorrectamente en la descripción del tipo penal. Así ocurre, entre otros eventos, en el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad del artículo 217 A del Código Penal (Ley 1329), en donde se incluye como causal de agravación de la conducta el hecho de que “la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado”, que da la impresión de que en Colombia la demanda de explotación sexual llevara consigo la constitución de este tipo de uniones, sin que se registre en la realidad social esa conjunción entre la demanda de los servicios sexuales y las uniones maritales o semejantes.

Un factor común en el incremento punitivo es, también, el aumento del mínimo de la pena que corresponde al delito, que se explica en un fundamento de mera

seguridad ciudadana, bajo el propósito de crear sensación de seguridad en el conglomerado, porque el objetivo es asegurar que en todo caso en el que se cometa la infracción, la fiscalía pueda solicitar al juez de control de garantías la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, independientemente de que el autor del delito pueda representar un peligro para la actividad procesal, o que existan condiciones que permitan suponer que evadirá su comparecencia al juicio. En esta medida, se ha venido desnaturalizando en Colombia el sentido de la detención preventiva –cada vez más alejada de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia– porque se privilegia, entonces, un peligro del imputado para la sociedad o la víctima, que puede construirse con argumentos de simple “amenaza potencial”, relevando así al fiscal de demostrar que en realidad existe alguna justificación constitucional para la imposición de la medida cautelar.

3. ENDURECIMIENTO PUNITIVO Y PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. ALGUNOS DATOS RELEVANTES

256. Como se ha podido observar hasta el momento, en los dieciséis (16) años de vigencia de la Ley 599 de 2000, los delitos y las penas allí establecidas han variado considerablemente. Las diversas transformaciones tienen principalmente dos tipos de manifestaciones: el endurecimiento punitivo y la ampliación del espectro de control penal.

Por un lado, el progresivo endurecimiento punitivo se traduce en el aumento de la duración de las penas, tanto en su presentación abstracta –es decir, la fijación del mínimo y el máximo para cada uno de los delitos–, como en el momento de la ejecución de las sanciones penales concretas. Por otra parte, la ampliación del espectro del control penal está relacionado con la creación de nuevos tipos penales, la ampliación de nuevas hipótesis delictivas en los ya existentes, la inclusión de nuevos verbos rectores de la conducta y la creación de nuevas circunstancias específicas de agravación punitiva.

En esta sección se exponen algunos datos representativos que expresan cómo esta situación de reforma constante, caracterizada por el endurecimiento punitivo y la ampliación del control penal, ha incidido de manera directa en la racionalidad de la configuración del poder punitivo, en especial la proporcionalidad de las penas y la jerarquización de intereses protegidos por el derecho penal.

3.1. DURACIÓN MÁXIMA DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

257. La duración máxima de la prisión sigue siendo uno de los debates que se presentan con mayor regularidad en torno al problema de cómo castigar efectivamente las infracciones que más preocupan a los miembros de la sociedad. Las posiciones aquí son relativamente estables y tienen que ver con la forma como se concibe tanto al sujeto infractor como a la sanción penal. Con ello, se puede estructurar de manera esquemática dos posiciones polares, una abolicionista que considera que la pena de prisión no sirve para nada y otra por medio de la cual se justifican dos tipos de intervenciones penales máximas, como es el caso de la pena de muerte o la prisión perpetua.

Tabla número 27. Modelos de uso de la prisión

	Abolicionismo	Intermedia 1	Intermedia 2	Punitivismo extremo
Descripción	Rechazo a la pena de prisión	Prisión con término máximo de duración, ajustado a funciones preventivas generales y especiales	Prisión con término máximo de duración, con posibilidades de imposición de sanciones permanentes, pero revisables	Aceptación de sanciones perpetuas y de la pena de muerte
Función de la pena	La prisión no tiene ningún tipo de intervención positiva en las personas que son seleccionadas por el sistema penal.	Coexistencia de función retributiva y función resocializadora. Esta última es preponderante en la fase de la ejecución de la condena.	Coexistencia de función retributiva y función resocializadora, especialmente en la fase de la ejecución de la condena	Completa preponderancia de la función retributiva.
Sujeto infractor-condenado	Elemento de un conflicto sin definición patológica	Toda persona sancionada tiene la garantía de retomar a la libertad, a través de un tratamiento resocializador	Coexistencia de definiciones de sujetos incorregibles y de sujetos susceptibles de ser resocializados	Existen sujetos incorregibles
Ejemplos	Mecanismos no penales de intervención, “soluciones horizontales a situaciones problemáticas” ² . El derecho penal es una ciencia falsa (Gualgliardo, 2012, p. 32)	Prisión con tope máximo de duración: Colombia, Ecuador.	Prisión con tope máximo de duración y prisión permanente revisable: España, Alemania.	Admisión de la prisión perpetua y de la pena de muerte. Para ambos casos: Estados Unidos, Rusia, China.

Fuente: elaboración propia

258. Durante gran parte del siglo XX y lo que se lleva del presente siglo, Colombia ha acogido para su legislación penal el modelo intermedio 1, que admite la imposición de la prisión con un tope máximo de duración para todas las conductas punibles. Ello no solamente se debe a las funciones declaradas de las sanciones penales que se establecen el Código Penal, sino también en la consideración constitucional de los derechos fundamentales, en especial de la vida, la dignidad humana y la libertad, que tiene como consecuencia la proscripción de los tratos crueles e inhumanos, así como de la imposición de sanciones imprescriptibles.

¹ A propósito del pensamiento abolicionista de Louk Hulsman, ver Ceretti (2003, p. 51).

Ahora bien, a pesar de mantenerse en el modelo mencionado, en la legislación penal colombiana se han presentado situaciones a través de las cuales los topes máximos de duración de las penas se han alterado, en especial la modificación al límite máximo de duración de la pena y la creación de penas que superan dicha restricción.

3.1.1. *Modificación del límite máximo de la duración de las sanciones penales*

259. A través de un análisis de la normatividad penal se puede llegar a establecer cómo paulatinamente se han realizado modificaciones que aumentaron el límite máximo de la pena en Colombia. Así, en el periodo de 1936-1979 (primera codificación penal creada en el siglo XX) la duración máxima de las sanciones penales establecida en el Código Penal era de veinticuatro 24 años²; posteriormente, en el periodo de 1980-1999 la duración de la pena mayor se amplió a treinta (30) años; más adelante, con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 se aumentó el quantum a cuarenta (40) años; finalmente, con la Ley 890 de 2004 se reforma el Código Penal y se fija una nueva regulación que para el día de hoy se mantiene vigente. De acuerdo con esta reforma, la duración máxima para los tipos penales es de cincuenta (50) años³, exceptuando los casos de concurso de conductas, los cuales tienen un nuevo tope de sesenta (60) años⁴. Lo anterior indica que en ochenta años la duración máxima de una sanción penal en Colombia se ha incrementado en ciento cincuenta por ciento (150%).

260. Si se contrasta la duración máxima de las sanciones penales en Colombia con la esperanza de vida que en promedio tiene la población en el país, se hace evidente la existencia de la posibilidad legal de la imposición de una sanción penal que supere la expectativa de vida y, por tanto, se constituya en una especie de prisión perpetua *de facto*.

Si se considera que la pena de prisión puede ser impuesta a ciudadanos infractores mayores de edad⁵, con la reforma de 2004 la imposición de la pena máxima superaría la esperanza de vida promedio de la población. Esto sucede cuando se condena a alguien que (i) haya cumplido recientemente su mayoría

² El artículo 45 de la Ley 95 de 1936 establecía como duración máxima de la pena de presidio 24 años: “Art. 45. –La duración de las penas es la siguiente: La de presidio, de uno a veinticuatro años. La de prisión, de seis meses a ocho años. La de arresto, de un día a cinco años. La de confinamiento, de tres meses a tres años. La prohibición de residir en determinado lugar, de tres meses a cinco años. La de interdicción de derechos o funciones públicas, de uno a diez años, cuando no se establezca como perpetua. La de caución de buena conducta, de uno a cinco años. La de relegación a las colonias agrícolas penales, de uno a veinte años. La de suspensión de la patria potestad, de uno a cinco años.”

³ La nueva redacción vigente del artículo 37 CP es la siguiente: “La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas: 1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso”

⁴ “Artículo 31. Concurso de Conductas Punibles. (...) En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”.

⁵ Antes de 1977 la mayoría de edad se adquiría a los 21 años. Luego de esa fecha y hasta la actualidad, esta se adquiere a los 18 años. Al respecto, ver la Ley 27 de 1977.

de edad, (ii) castigándolo además con la sanción de mayor duración. En este panorama un joven condenado podría vivir toda su vida e incluso morir en reclusión. Así se muestra en la tabla que viene a continuación:

Tabla número 28. Comparación de la esperanza de vida y la duración máxima de las sanciones penales en Colombia, 1960-2015

	1960	1980	2000	2004	2015
Esperanza de vida	56,72	65,48	70,99	72,02	73,95
Duración máxima sanción penal	24	30	40	60	60
Mayor de edad sancionado con pena máxima	45	48	58	78	78
Diferencia	11,72	17,48	12,99	-5,98	-4,05

Fuente: elaboración propia con datos del Banco Mundial⁶.

3.1.2. *Creación de penas que superan el límite máximo fijado para la duración de la prisión en Colombia*

261. El otro fenómeno destacado que se relaciona con la duración de la pena de prisión en Colombia es el del establecimiento de sanciones que exceden el límite máximo vigente de cincuenta (50) años que se fijó desde el 2004, a través de la reforma de la Ley 890. Esta afirmación se puede constatar a través de la construcción de una escala de gravedad de la pena de prisión. Con este instrumento es posible establecer cuántas modalidades delictivas exceden el límite establecido en la parte general del Código Penal, en el artículo 37.

Teniendo en cuenta que la pena máxima permitida por el mencionado artículo es de cincuenta (50) años –seiscientos (600) meses–, aplicando una sencilla fórmula a todo el listado de tipos penales que constituyen la parte especial, se puede llegar a establecer qué número en la escala le corresponde a cada uno. La idea, en términos generales, es que es posible asignarle un valor a las penas máximas de cada modalidad delictiva en una escala de valores de cero (0) a diez (10), según la cual la modalidad que obtenga el valor 10 le ha sido fijada la pena máxima, mientras que el valor 0 indica o bien que la modalidad no tiene asignada una pena de prisión –es decir, solamente contempla como pena principal la multa–, o que la pena de prisión máxima es igual o mayor a dos (2) años y menor o igual a cuatro coma cinco (4,5) años. Así mismo, las modalidades delictivas que tengan un valor mayor a 10 tienen una pena de prisión que excede el límite máximo permitido en el derecho penal colombiano. Las fórmulas son las siguientes⁷:

⁶ Disponible en: https://www.google.com.co/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&met_y=sp_dyn_le00_in&idim=country:COL:USA:VEN&hl=es&dl=es

⁷ Se requieren dos porque el tope máximo ha variado. En el 2000 es de cuarenta (40) años y en la actualidad es de cincuenta (50).

Escala de gravedad de la prisión (periodo 2004-2016)

= (pena máxima en meses*10)

600

Escala de gravedad de la prisión (periodo 2000-2004)

= (pena máxima en meses*10)

480

Los resultados de su aplicación, sin discriminación por títulos, es la siguiente:

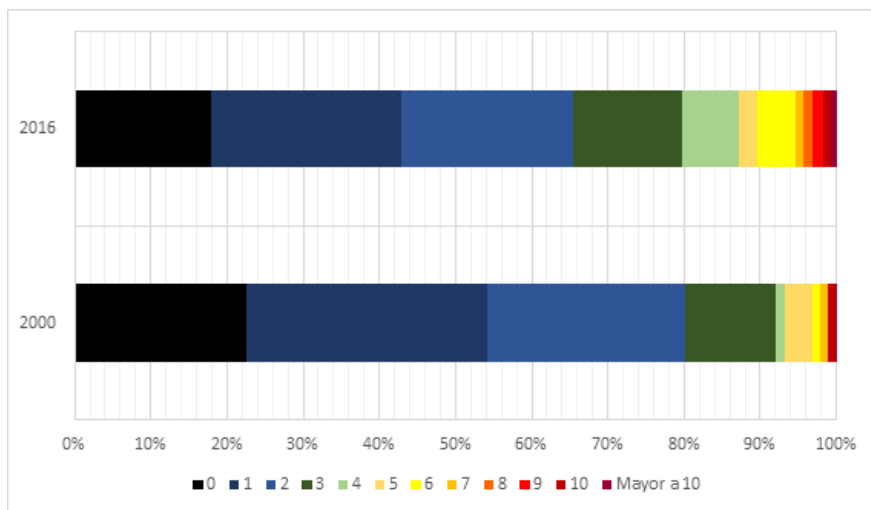
Tabla número 29. Distribución del catálogo de modalidades delictivas, según escala de gravedad 2000-2016

Escala de Gravedad	2000	2016
Mayor a 10	1	5
10	4	6
9	0	9
8	0	8
7	5	6
6	5	32
5	17	15
4	6	47
3	56	90
2	122	142
1	149	158
0	106 ⁹	113
TOTAL	471	631

Fuente: elaboración propia

⁸ 266 registros. De esos, en el 2000 existían 106. La diferencia de 160 se explica porque ese es el número de nuevas modalidades delictivas que sean creado luego de la creación de la Ley 599 de 2000.

Gráfico número 8. Composición del catálogo de tipos penales de acuerdo a la escala de gravedad



Fuente: elaboración propia

262. De acuerdo con el gráfico⁹ y la tabla precedentes, el Libro II del Código Penal en el 2000 se componía en su gran mayoría, aproximadamente un ochenta por ciento (80%), de tipos penales con sanciones cuyos valores oscilaban entre cero (0) y dos (2) en la escala de gravedad, lo que implicaba delitos cuya pena principal era exclusivamente de multa o de prisión hasta los once (11) años. El veinte por ciento (20%) restante, que arranca desde el valor (3) en la escala de gravedad, se componía de delitos que cuya pena máxima de prisión era de hasta doce (12) años en adelante. Pero a pesar de que la punición general era menor, para el 2000 ya se presentaba un caso de una pena que excedía el límite máximo de los cuarenta (40) años; esto sucedía con la sanción penal prevista para el secuestro extorsivo agravado (art. 170 CP), donde la pena podía ascender hasta cuarenta y dos (42) años cuando el límite máximo permitido originalmente en el código era de cuarenta (40) años.

Por su parte, la situación en el 2016 muestra que el ochenta por ciento (80%) del catálogo de delitos está compuesto de tipos penales que tienen valores en la escala de gravedad entre cero (0) y tres (3), lo que incluye sanciones penales desde la multa como única pena principal hasta la pena de prisión de diecinueve coma cinco años (19,5) años. Sin embargo, lo más significativo es que en la actualidad, a diferencia del 2000, la escala registra tipos penales con valores de ocho (8) y nueve (9) en la escala y además, como se puede observar, existe un número mayor de tipos con valores superiores a diez (10).

⁹ En el anexo número 3 que acompaña el documento se pueden consultar las gráficas de la composición de la escala de gravedad, de acuerdo con cada uno de los títulos que componen el código penal en la actualidad.

Ahora, respecto a los tipos que exceden el máximo valor –los superiores a diez en la escala– se podría pensar que su aparición obedece a dos fenómenos bastante diferenciados que ocurren en las reformas de la legislación penal colombiana. El primero es la creación directa de tipos penales que desconocen el tope máximo de duración establecido en el artículo 37 CP. El segundo se relaciona con creaciones o modificaciones de tipos básicos o autónomos que, al ser combinados con circunstancias de agravación punitiva, crean modalidades delictivas sancionadas con penas superiores a los cincuenta (50) años.

3.1.2.1. Creación directa

263. En cuanto a las creaciones directas de tipos penales con penas superiores a los cincuenta (50) años, el único caso que se registra en la actualidad se presentó con ocasión de la reforma penal realizada por la Ley 1453 de 2011. Entre las múltiples intervenciones que ésta realizó, para este caso se destaca la creación del artículo 188-C, el cual incorporó el delito de tráfico de niñas, niños y adolescentes¹⁰ al Código Penal.

El que intervenga en cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas, incurrirá en prisión de treinta (30) a sesenta (60) años y una multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El consentimiento dado por la víctima o sus padres, o representantes o cuidadores no constituirá causal de exoneración ni será una circunstancia de atenuación punitiva de la responsabilidad penal. La pena descrita en el primer inciso se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando:

1. Cuando la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente.
2. El responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente.
3. El autor o partícipe sea un funcionario que preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio doméstico y guarderías.
4. El autor o partícipe sea una persona que tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente.

Este artículo contiene un tipo cuya descripción básica castiga con pena de prisión de treinta (30) a sesenta (60) años, sanción con un valor de doce (12) puntos en la escala de gravedad, dos (2) puntos más arriba que el delito de genocidio, que contempla una sanción de 37.33 a 50 años. Además de la descripción básica, incorpora cuatro circunstancias que permiten aumentar la pena de una tercera

¹⁰ Ver el artículo 6 de la Ley 1453 de 2011.

parte a la mitad, con lo cual se tiene que la duración de la prisión en estos casos es de cuarenta (40) a noventa (90) años, es decir, un valor de dieciocho (18) en la escala de gravedad.

3.1.2.2. Creación o modificaciones indirectas

264. Bajo esta denominación se han agrupado los casos en que los legisladores han realizado modificaciones o creado nuevas modalidades delictivas que luego, al ser combinadas con las circunstancias de agravación punitiva, crean situaciones que, indirectamente, fijan penas por encima de los topes máximos permitidos. Estos casos son más variados en el ordenamiento penal y el primero se presentó de manera temprana, en la redacción original de la Ley 599 de 2000.

A continuación se expondrán las diferentes hipótesis en la cuales la combinación de disposiciones penales da como resultado una pena que supera el máximo quantum permitido.

3.1.2.2.1. Secuestro extorsivo agravado, 2000-2002

265. Antes de cualquier modificación, la Ley 599 de 2000 establecía una pena de dieciocho (18) a veintiocho (28) años para el delito de secuestro extorsivo (art. 169 CP), la cual podría agravarse de una tercera parte a la mitad, cuando se presentaban las circunstancias descritas en el artículo 170.

Con ello, en ese momento la sanción del secuestro extorsivo agravado era de veinticuatro (24) a cuarenta y dos (42) años, dos (2) años por encima del límite máximo permitido en esa época. Esta circunstancia, no obstante, duró tan solo dos (2) años, debido a que la Ley 739 de 2002 fijó un nuevo parámetro punitivo para las circunstancias de agravación del secuestro extorsivo, aumentando el mínimo y reduciendo el máximo, al imponer una sanción de 28 a 40 años en ese momento.

Con esto se corrige el ligero exceso punitivo, aunque es importante destacar que en los antecedentes legislativos de la Ley 733 de 2002 no se pudo establecer si este era uno de los propósitos manifiestos de la reforma.

3.1.2.2.2. Lesiones personales agravadas y lesiones en persona protegida

266. El caso de las lesiones personales resulta ser uno de los mejores ejemplos para analizar los impactos de las decisiones en materia de política penal, en especial del sistema de fijación abstracta de las penas, donde se olvida considerar el conjunto completo del que hace parte una disposición jurídica concreta.

Las lesiones personales no solo tienen una particular formulación de las descripciones básicas. Además, tienen dos circunstancias de agravación punitiva

con consecuencias penales distintivas y son la base para la configuración de otros tipos penales, en concreto del parto o aborto preterintencional (art. 118 CP)¹¹ y de las lesiones en persona protegida (art. 136 CP)¹².

267. La última reforma de las lesiones personales ocurrió con la Ley 1773 de 2016, con la que se estableció una regulación autónoma para lesiones específicas asociadas a los ataques con ácidos o sustancias similares. Antes de esta modificación, las situaciones mencionadas estaban reguladas en el artículo 113 del Código Penal, como una forma de lesión personal con resultado de deformidad física transitoria o permanente, que afecta el rostro y se realiza usando ácidos o sustancias similares, para lo cual establecía una sanción de seis (6) a diez coma cinco (10.5) años de prisión.

La parte que regulaba el caso mencionado, entonces, fue derogada por la Ley 1773 de 2016 y en su reemplazo se creó el artículo 116-A en el Código Penal. Este último mantiene, en términos generales, la misma estructura de la criminalización, con cambios en las consecuencias penales. En cuanto a la pena de prisión, esta se aumenta hasta tal punto que las lesiones con agentes químicos, ácidos o sustancias similares, configuran una sanción de mayor duración que las lesiones que tienen como resultado pérdidas anatómicas o funcionales de órganos o miembros de las víctimas (art. 116 CP).

Tabla número 30. Repertorio de las lesiones personales reguladas en el Código Penal, 2016

LESIONES PERSONALES				LESIONES PERSONALES AGRAVADAS				LESIONES EN PERSONA PROTEGIDA, ART. 136		LESIONES EN PERSONA PROTEGIDA AGRAVADAS			
				ART. 119 inc. 1		ART. 119, inc. 2				ART. 119 inc. 1		ART. 119, inc. 2	
Tipo de lesión	Descripción	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX
Incapacidad para trabajar o enfermedad (art. 112)	Menor de 30 días	1,3	3,0	1,8	4,5	2,7	6,0	1,3	4,0	1,8	6,0	2,7	8,0
	30-90 días	1,3	4,5	1,8	6,8	2,7	9,0	1,3	6,0	1,8	9,0	2,7	12,0
	Mayor a 90 días	2,7	7,5	3,6	11,3	5,3	15,0	2,7	10,0	3,6	15,0	5,3	20,0
Deformidad (art. 113)	Física transitoria	1,3	9,0	1,8	13,5	2,7	18,0	1,3	12,0	1,8	18,0	2,7	24,0
	Permanente	2,7	10,5	3,6	15,8	5,3	21,0	2,7	14,0	3,6	21,0	5,3	28,0
	Física transitoria que afecta el rostro	1,8	13,5	2,4	20,3	3,6	27,0	1,8	18,0	2,4	27,0	3,6	36,0
	Permanente que afecta el rostro	3,6	15,8	4,7	23,6	7,1	31,5	3,6	21,0	4,7	31,5	7,1	42,0
Perturbación funcional (art. 114)	Transitoria	2,7	10,5	3,6	15,8	5,3	21,0	2,7	14,0	3,6	21,0	5,3	28,0
	Permanente	4,0	12,0	5,3	18,0	8,0	24,0	4,0	16,0	5,3	24,0	8,0	32,0

¹¹ “Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.”

¹² “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, cause daño a la integridad física o a la salud de persona protegida conforme al Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en las sanciones previstas para el delito de lesiones personales, incrementada hasta en una tercera parte.”

Perturbación síquica (art. 115)	Transitoria	2,7	10,5	3,6	15,8	5,3	21,0	2,7	14,0	3,6	21,0	5,3	28,0
	Permanente	4,0	13,5	5,3	20,3	8,0	27,0	4,0	18,0	5,3	27,0	8,0	36,0
Pérdida anatómica o funcional (art. 116)	Pérdida de la función	8,0	15,0	10,7	22,5	16,0	30,0	8,0	20,0	10,7	30,0	16,0	40,0
	Pérdida de órgano o miembro	8,0	20,0	10,7	30,0	16,0	40,0	8,0	26,7	10,7	40,0	16,0	53,3
Lesiones con agentes químicos, ácidos o sustancias similares (art. 116-A)	Descripción básica	12,5	20,0	16,7	30,0	25,0	40,0	12,5	26,7	16,7	40,0	25,0	53,3
	Con deformidad o daño permanente	20,9	30,0	27,9	45,0	41,8	60,0	20,9	40,0	27,9	60,0	41,8	80,0
	Descripción básica + afectación del rostro	12,5	26,7	16,7	40,0	25,0	53,3	12,5	35,6	16,7	53,3	25,0	71,1
	Con deformidad o daño permanente + afectación del rostro	20,9	40,0	27,9	60,0	41,8	80,0	20,9	53,3	27,9	80,0	41,8	106,7

Fuente: elaboración propia

268. En la tabla anterior se describe el repertorio de lesiones personales castigadas por el derecho penal, acompañado por la respectiva sanción de prisión en cada una de estas. En ella se puede notar que las nuevas penas del artículo 166-A se mantienen dentro del tope permitido por el artículo 37 del Código Penal, dado que la que registra la pena más alta para el delito base –las lesiones con ácido que causan deformidad o daño permanente y además afectan el rostro– alcanza los 40 años de prisión¹³.

Sin embargo, si se consideran los aumentos punitivos establecidos para las circunstancias de agravación punitiva de las lesiones personales y, además, las penas establecidas para las lesiones en personas protegidas -que dependen de las penas previamente fijadas en los artículos 112 a 116-A del Código Penal-, se encuentran trece casos en los que las sanciones penales superan el tope máximo de 50 años de prisión:

- *Artículo 116-A, inciso 3 + artículo 119, inciso 1:* agravación de la lesión con agentes químicos que causa deformidad o daño permanente, que afecta el rostro, y además involucra alguna de las circunstancias de agravación descritas en el artículo 104, como, por ejemplo, la ejecución de la conducta en personas protegidas (art. 104, n. 9 CP), o en los cónyuges o compañeros permanentes (art. 104, n. 1 CP). En estos casos, la pena de prisión es de veintisiete coma nueve (27,9) a sesenta (60) años.
- *Artículo 116-A, incisos 2 y 3 + artículo 119, inciso 2:* a partir de estas combinaciones emergen tres sanciones penales que superan el límite establecido de 50 años. En este caso la agravación aplica cuando las víctimas de la conducta son niños y niñas menores de 14 años, o mujeres por el hecho de serlo. Así, las lesiones con agentes químicos que causan deformidad o

¹³ Similar, por ejemplo, a la descripción básica del feminicidio que contempla una pena de 20.83 a 41.67 años.

daño permanente en estos sujetos tienen una pena de prisión de cuarenta y uno coma ocho (41,8) a sesenta (60 años); las lesiones que afectan el rostro de veinticinco coma cinco (25,5) a cincuenta y tres coma tres (53,3) años; finalmente, las lesiones con agentes químicos que causan deformidad o daño permanente y además afectan el rostro, una pena de prisión de cuarenta y uno coma ocho (41,8) a ochenta (80) años, cuarenta (40) más del límite permitido.

- *Artículo 136 + artículo 116-A*: Cuando el repertorio de lesiones establecido en el Código Penal se realice sobre una persona protegida por el derecho internacional humanitario, este es el supuesto del artículo 136, las penas allí descritas aumentarán hasta en una tercera parte. Esto implica entonces, que las lesiones con agentes químicos, sobre personas protegidas, que causan deformidad o daño permanente y además afectan el rostro, tienen una pena de prisión de veinte coma nueve (20,9) a cincuenta y tres coma tres (53,3) años.
- *Artículo 136 + artículo 116-A + artículo 119, inciso 1*: si se agravan las penas de las lesiones en personas protegidas, en este caso resultan tres situaciones de exceso: las lesiones con agentes químicos contra persona protegida que causan deformidad o daño permanente, tienen una pena de prisión de veintisiete coma nueve (27,9) a sesenta (60) años; las lesiones que afectan el rostro de una persona protegida, de dieciséis coma siete (16,7) a cincuenta y tres coma tres (53,3) años; finalmente, las lesiones con agentes químicos que causan deformidad o daño permanente y además afectan el rostro de una persona protegida prevén una pena de prisión de veintisiete coma nueve (27,9) a ochenta (80) años.
- *Artículo 136 + artículo 116-A + artículo 119, inciso 2*: en este caso todas las hipótesis delictivas que se han establecido para las lesiones con agentes químicos agravadas superan el límite permitido. La descripción básica de este tipo de lesiones tiene una pena de prisión de veinticinco (25) a cincuenta y tres coma tres (53,3) años; las lesiones con agentes químicos contra persona protegida que causan deformidad o daño permanente, tienen una pena de prisión de cuarenta y uno coma ocho (41,8) a ochenta (80) años; las lesiones que afectan el rostro de una persona protegida, de veinticinco (25) a setenta y un (71,1) años; finalmente, las lesiones con agentes químicos que causan deformidad o daño permanente y además afectan el rostro de una persona protegida disponen una pena de prisión de cuarenta y uno coma ocho (41,8) a ciento seis coma siete (106,7) años, cincuenta y seis (56) años más allá del límite permitido.
- *Artículo 136 + artículo 116, inciso 2 + artículo 119, inciso 2*: este caso se trata de la lesión personal a una persona protegida, causada contra niños y niñas menores de 14 años, o mujeres por el hecho de serlo, que tiene como resultado la pérdida de un órgano o miembro. En dicha situación la pena es de 16 a 53.3 años.

3.1.2.2.3. Lavado de activos agravado

269. En el 2011, mediante la Ley 1474 de 2011, sobre lucha contra la corrupción y la transparencia administrativa, además de las modificaciones descritas en la sección anterior¹⁴, se creó un nuevo agravante que castiga con mayor intensidad un grupo de delitos cuando se cometen por un servidor público vinculado con alguno de los organismos de control del Estado. El artículo 33 de la Ley 1474 de 2011 señala lo siguiente:

Los tipos penales de que tratan los artículos 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

270. Entre los tipos penales listados se encuentra el lavado de activos (art. 323 CP). Al analizar el cúmulo de circunstancias que legalmente permite agravar esta conducta se tiene que la sanción máxima puede llegar a ciento dieciocho coma doce (118.12) años. La secuencia es la siguiente:

art.323,inc.4 CP+art.324 CP+art.33 L1474/11

Actualmente la descripción básica (art. 323, inc. 1 CP) del lavado de activos tiene una pena de diez (10) a treinta (30) años de prisión. La pena anterior se puede aumentar de la tercera parte a la mitad cuando en el lavado se realizan, entre otras, operaciones de cambio o de comercio exterior (art. 323, inc. 4 CP); esto, en concreto, la aumenta a un marco punitivo que oscila entre trece coma tres (13,3) y cuarenta y cinco (45) años. El artículo 324 establece una circunstancia específica de agravación del lavado de activos que, a su vez, permite aumentar de la mitad a las tres cuartas partes las penas cuando el autor del lavado pertenezca y sea el jefe de una persona jurídica, una sociedad o a una organización dedicada al lavado de activos, Adicionando esto al aumento anterior se llega a la pena de diecinueve coma noventa y cinco (19.95) a setenta y ocho coma setenta y cinco (78.75.) años. Finalmente, si se aplica el aumento de una sexta parte a la mitad que trae el artículo 33 de la Ley 1474 de 2007, la anterior pena queda en veintitrés coma veintisiete (23, 27) a ciento dieciocho coma doce (118,12) años de prisión.

3.1.2.2.4. Homicidio en persona protegida

271. El último caso está relacionado con una reforma realizada en el 2008 al delito de homicidio en persona protegida (art. 136 CP). Ese año, como ya se había

¹⁴ Ver *supra*, sección 2.2 y, en especial, 2.2.16, de la segunda parte.

comentado¹⁵, el artículo 27 de la Ley 1257 adicionó un nuevo inciso en el que se estableció una circunstancia de agravación punitiva que castiga con mayor pena la ejecución de la conducta contra las mujeres, por el hecho de serlo. El texto vigente del artículo 135 es el siguiente:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

El segundo inciso, como se puede notar, no fija una cantidad determinada para la pena de prisión, sino que establece la fórmula de aumento “de la tercera parte a la mitad”. Al aplicarla a la pena establecida en el inciso anterior se tiene, entonces, que el homicidio en persona protegida cuando la víctima es una mujer y la conducta se ha realizado contra ella por el hecho de ser mujer, tiene una pena de prisión de cincuenta y tres coma tres (53,3) a setenta y cinco (75) años, Es una duración máxima que no sólo excede el límite fijado en la parte general del Código Penal, sino que también supera por veinticinco (25) años la sanción más intensa para un tipo penal que protege un caso similar, como es el feminicidio, que en su versión agravada¹⁶ impone una sanción hasta de cincuenta (50) años.

4. AMPLIACIÓN DEL ESPECTRO DEL CONTROL PENAL

272. Desde la perspectiva de la elaboración legislativa del derecho penal, que no es la única dimensión involucrada en el asunto, la ampliación del control se manifiesta en tres (3) fenómenos principales asociados a la creación de nuevas hipótesis delictivas. La más evidente de estas es la creación de nuevos tipos penales a través de leyes ordinarias que modifican el Código Penal.

¹⁵ Ver *supra* sección 2.2.2 de la segunda parte.

¹⁶ Las circunstancias vigentes que agravan el feminicidio se encuentran en el artículo 104-B del código penal y son: a) cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad; b) cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo; c) cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas; d) cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual; e) cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima; f) cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico; y g) por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código.

No obstante, en Colombia a ésta la acompaña la incorporación a la legislación ordinaria de tipos penales creados en el marco de estados de excepción, así como otras modalidades delictivas que el legislador no incorpora directamente a la codificación penal.

4.1. NUEVOS DELITOS, 2000-2016

273. Desde su vigencia hasta la actualidad el catálogo de conductas punibles se ha ampliado en casi todos los títulos del libro II¹⁷. Esta ampliación del espectro del control penal tiene diversas manifestaciones, siendo las más destacadas la creación de nuevas circunstancias específicas de agravación punitiva y la directa creación de nuevos delitos. Si se tiene en cuenta estas dos situaciones, en la actualidad hay alrededor de ciento setenta y siete (177) nuevas hipótesis delictivas que no estaban contempladas en la redacción original de la ley 599 de 2000.

274. Ahora, es importante destacar algunos rasgos característicos de los delitos creados con posterioridad a la creación del Código Penal vigente. En primer lugar, seis (6) de veintiún (21) bienes jurídicos están exentos de este tipo de ampliación del espectro penal, lo que quiere decir que en cerca del 71% del libro II del Código Penal se han introducido nuevos delitos.

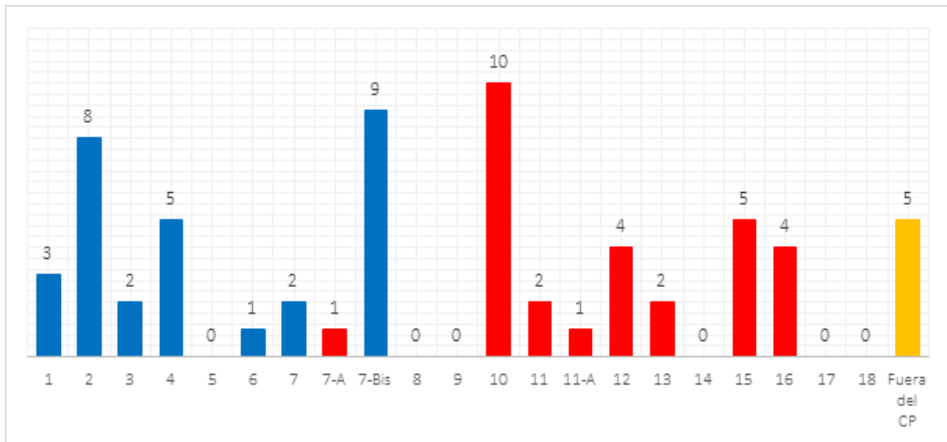
Tabla número 31. Nuevos delitos distribuidos en cada título del Código Penal

Vida e integridad personal (I)	Feminicidio; lesiones con agentes químicos; actos de discriminación; hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural.
Bienes y personas protegidas por el DIH (II)	Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años; actos sexuales con persona protegida menor de catorce años; esterilización forzada en persona protegida; embarazo forzado en persona protegida; desnudez forzada en persona protegida; aborto forzado en persona protegida; esclavitud sexual en persona protegida; trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual.
Libertad personal (III)	Tráfico de niños, niñas y adolescentes; uso de menores de edad en la comisión de delitos.
Integridad sexual (IV)	Acoso sexual; proxenetismo con menor de edad; demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años de edad; utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menor de 18 años de edad; omisión de denuncia.
Familia (VI)	Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

¹⁷ Las contadas excepciones a ello son los bienes jurídicos de integridad moral (V), derechos de autor (VIII), fe pública (IX), mecanismos de participación democrática (XIV), existencia y seguridad del estado (XVII) y régimen constitucional y legal (XVIII).

Patrimonio económico (VII)	Corrupción privada; administración desleal.
Patrimonio cultural sumergido (VII-A)	Delitos contra el patrimonio cultural sumergido.
Protección de la información y de los datos (VII-BIS)	Acceso abusivo a un sistema informático; obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación; interceptación de datos informáticos; daño informático; uso de software malicioso; violación de datos personales; suplantación de sitios web para capturar datos personales; hurto por medios informáticos y semejantes; transferencia no consentida de activos.
Orden económico social (X)	“No reintegro” de captación masiva y habitual de dinero; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados; favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados; omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo; omisión de control en el sector de la salud; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; apoderamiento o alteración de sistemas de identificación; receptación; destinación ilegal de combustibles.
Recursos naturales (XI)	Manejo ilícito de especies exóticas; contaminación ambiental por residuos sólidos peligrosos.
Protección animal (XI-A)	Maltrato animal
Seguridad pública (XII)	Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público; disparo de arma de fuego sin justificación; empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal; ayuda e inducción al empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal.
Salud pública (XIII)	Enajenación ilegal de medicamentos; uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles.
Administración pública (XV)	Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral; peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social; fraude de subvenciones; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de particular.
Impartición de justicia (XVI)	Soborno en la actuación penal; Amenazas a testigo; Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio; Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas.
Delitos por fuera del Código Penal	Fraude en el registro de víctimas, L1448/11, art. 199; inscripción fraudulenta en el registro de tierras despojadas, L1448/11, art. 120; explotación de menores de edad, L1453/11, art. 93; manipulación de equipos terminales móviles; L1453/11, art. 105; tráfico de órganos; L919/04, art. 2.

Fuente: elaboración propia

Gráfico número 9. Nuevos delitos de acuerdo con su ubicación en libro II, CP

Fuente: elaboración propia

Así mismo, de acuerdo con el gráfico anterior, las inserciones de nuevos delitos están, más o menos, repartidas equitativamente si se agrupa teniendo como criterio el tipo de bien jurídico en el que se realiza la inserción. Con esto, se tienen treinta (30) inserciones en bienes jurídicos de carácter individual (columnas azules) y veintinueve (29) en bienes de carácter colectivo (columnas rojas). Además, se registran cuatro nuevos delitos que el legislador no incorporó al Código Penal (columna amarilla)¹⁸.

275. Analizar la tendencia de las creaciones de nuevos delitos es algo que escapa al objeto del presente trabajo y, además, amerita uno propio que permita concentrar los esfuerzos exclusivamente en este punto. No obstante, un análisis general de la información presentada en esta oportunidad permite afirmar provisionalmente que, a pesar de la paridad, las inserciones en materia de bienes jurídicos colectivos han sido más profundas. Ello se debe a que las inserciones en los bienes jurídicos individuales se caracterizan principalmente por crear nuevos tipos autónomos a partir de hipótesis que, de alguna manera, ya están criminalizadas como circunstancias de agravación de tipos básicos. En relación con la protección a la vida (I), por ejemplo, es el caso del feminicidio y las lesiones con agentes químicos. Por su parte, en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, la tendencia que registra un mayor acento es la de criminalización de hipótesis nuevas que no habían estado contempladas anteriormente, o, si lo estuvieron, fueron expulsadas del ordenamiento e incorporadas con posterioridad¹⁹.

¹⁸ Dentro de este grupo es llamativa la presencia del delito de manipulación de equipos terminales móviles, creado por el artículo 105 de la Ley 1453 2011, la misma ley que introdujo una reforma de amplio calado en la legislación penal colombiana, tanto en el código de procedimiento penal, como en el código penal. En relación con este último, ver *supra* sección 4.3.2 de la segunda parte.

¹⁹ El caso ejemplar de esto es la incorporación de delitos creados en estados de excepción a la legislación ordinaria, como se muestra en la sección que viene a continuación.

Por último, en relación con los nuevos delitos creados, los registros de privación de la libertad por estas nuevas modalidades delictiva muestran que, en relación la relevancia que se les ha otorgado a algunos de estos –especialmente los que contemplan penas de prisión altas, o han sido reformados constantemente para endurecer la respuesta punitiva–, su persecución no ha tenido la misma importancia.

Esto podría explicarse apelando al argumento según el cual las reformas penales buscan de manera directa un uso expresivo del derecho penal que, en determinado momento, muestre a la institucionalidad con una actitud dura contra el delito, pero que en pocas ocasiones tiene un impacto significativo en la composición de la población penitenciaria, es decir, en la forma como el sistema penal selecciona las conductas y los casos en los que efectivamente se impone la privación de la libertad.

Tabla número 32. Personas privadas de la libertad en el 2016 por nuevas modalidades delictivas creadas con posterioridad al 2000

Delito	Título	Hombres		Mujeres		Total
		Sindicados	Condenados	Sindicadas	Condenadas	
Contrabando de hidrocarburos o sus derivados	X	0	1	0	0	1
Favorecimiento en el delito de contrabando de hidrocarburos o sus derivados		31	14	0	1	46
Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan		131	122	2	3	258
Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación		0	1	0	0	1
Receptación de hidrocarburos		7	31	0	0	38
Destinación ilegal de combustibles		3	3	0	0	6
Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público	XII	1	0	0	0	1
Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal		16	18	0	2	36
Enajenación ilegal de medicamentos	XIII	9	0	3	0	12

Amenazas a testigo	XVI	2	4	0	0	6
Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio		13	7	1	0	21
Feminicidio	I	81	1	0	0	82
Tráfico de niñas, niños y adolescentes	III	0	0	1	0	1
Uso de menores de edad para la comisión de delitos		496	311	75	48	930
Acoso sexual	IV	11	13	0	0	24
Proxenetismo con menor de edad		59	18	29	9	115
Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad		113	41	5	0	159
Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años		48	8	4	1	61
Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad	VI	0	1	0	0	1
Administración desleal	VII	4	0	0	0	4
Acceso abusivo a un sistema informático	VII-Bis	10	7	2	0	19
Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación		11	2	1	0	14
Intercepción de datos informáticos		1	1	0	0	2
Daño informático		2	1	0	0	3
Uso de software malicioso		4	0	0	0	4
Violación de datos personales		45	19	2	4	70
Suplantación de sitios web para capturar datos personales		0	1	0	0	1
Hurto por medios informáticos o semejantes		72	25	4	3	104
Transferencia no consentida de activos		4	0	0	0	4

Fuente: elaboración propia con datos de SISIPPEC WEB

4.2. MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE DECRETOS. CASOS DE NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIÓN

276. En los dieciséis (16) años de la vigencia del Código Penal, este no solamente ha sido modificado por leyes discutidas y aprobadas en el Congreso de la República. Existe, además, una serie de decretos que, desde la Rama Ejecutiva, han intervenido ocasionalmente la parte especial de esta legislación. En este siglo se han emitido siete (7) decretos que intervienen corrigiendo algunos apartados del texto, modificando los tipos penales existentes y también creando de forma transitoria nuevos delitos.

277. El 10 de diciembre de 2001 fue expedido el Decreto 2667 de 2001, el cual tenía por objeto la corrección del texto del tipo penal de desplazamiento forzado (art. 180 CP). Tal corrección se hizo necesaria porque la Ley 599 de 2000 originalmente establecía que la pena para este delito era la prisión “o” multa, por medio de este decreto se corrigió el desajuste eliminando la expresión disyuntiva²⁰.

La modificación realizada a través de este decreto estuvo fundamentada en la competencia que tiene el Presidente de la República para corregir yerros en los textos de las leyes. Este decreto no ha sido expulsado del ordenamiento de ninguna manera y es además el único que no ha sido creado en el marco de un estado de excepción.

278. En el año 2002 se declaró en todo el territorio nacional el estado de conmoción interior mediante el Decreto 1837, el cual fue prorrogado dos veces, mediante los Decretos 2555 de 2002 y 245 de 2003²¹. El fundamento de la declaratoria del estado de conmoción interior y de sus prórrogas fue la persistencia de la presencia de grupos al margen de la ley, lo cuales cometían actos que afectaban a la ciudadanía, la fuerza pública y la infraestructura económica.

En el marco de esta situación excepcional se expidió el Decreto 1900 de 2002 mediante el cual se adoptaron medidas penales y de procedimiento penal para enfrentar las organizaciones delincuenciales. En las consideraciones del mencionado decreto se estableció que las medidas penales estaban dirigidas a “fortalecer a la rama judicial con medidas transitorias con el fin de prever, evitar y reprimir los actos terroristas y criminales de las organizaciones delincuenciales que han multiplicado sus ataques contra la infraestructura de los servicios esenciales de energía, especialmente la de hidrocarburos o sus derivados”. A partir de ello se crearon siete (7) nuevos delitos, de los cuales cinco (5) fueron incorporados a la legislación ordinaria, tres (3) en el 2002 y dos (2) en el 2006.

²⁰ Llama la atención que este desajuste corregido prontamente por el Presidente ha sido el único caso en el que una modalidad delictiva presentaba una alternativa real en materia de penas principales. Claro está que la gravedad del delito exigía la enmienda, pero es importante destacar que no hay en la legislación penal vigente la posibilidad judicial de decidir entre dos penas principales y diferentes, según el caso concreto; en otras palabras, no hay un delito que permita su sanción con prisión, o con multa, dependiendo de algunos criterios, aplicados en una situación concreta.

²¹ Esta última prórroga fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-327 de 2003.

Tabla número 33. Incorporación a la legislación ordinaria de las modalidades delictivas creadas por el Decreto 1900 de 2002

Daños a la infraestructura	No fue incorporado
Hurto de hidrocarburos o de sus derivados	Creación del art. 327-A CP. Incorporado por la Ley 1028 de 2006.
Hurto de marcadores, detectores o reveladores	Creación del art. 327-B CP. Incorporado por la Ley 1028 de 2006.
Contrabando de hidrocarburos o sus derivados	Creación del art. 319-1 CP. Incorporado por la Ley 788 de 2002, modificado por las Leyes 890 de 2004 y 1762 de 2015.
Favorecimiento en el delito de hurto de hidrocarburos o sus derivados	No fue incorporado
Favorecimiento en el delito de contrabando de hidrocarburos o sus derivados	Creación del art. 320-1 CP. Incorporado por la Ley 788 de 2002, modificado por las Leyes 890 de 2004 y 1762 de 2015.
Destinación ilícita de bienes	No fue incorporado
Favorecimiento por servidor público	Creación del art. 322-1 CP. Incorporado por la Ley 788 de 2002, modificado por las Leyes 890 de 2004 y 1762 de 2015.

Fuente: elaboración propia

279. En el 2008, por su parte, se emitieron tres (3) decretos que en el mismo estado de excepción modificaron transitoriamente la legislación penal. A través del Decreto 4333 de 2008 se declaró en todo el territorio nacional el estado de emergencia social, bajo la motivación principal de controlar a la actuación de entidades que captan masivamente dineros de las personas sin tener alguna autorización para hacerlo, generando falsas expectativas y defraudándolas, provocando un estado generalizado de afectación económica a personas de bajos recursos.

Los Decretos 4336, 4449 y 4450 de 2008 modificaron algunos delitos relacionados con la protección penal al orden económico social (X). El primero de estos decretos, el único de los tres declarado exequible por la Corte Constitucional, modificó y creó un nuevo delito relacionado con el *boom* del fenómeno de la captación ilegal de dineros en el país. La intervención en el código se hizo sobre el delito de captación masiva y habitual de dineros (art. 316 CP), al cual se le aumentaron las penas y se le adicionó un nuevo inciso para castigar con mayor intensidad los casos en que el autor de la conducta utilice medios de comunicación o cualquier otro tipo de divulgación colectiva. Pasado el estado de excepción, mediante la Ley 1357 de 2009, estas dos reformas se incorporaron a la legislación penal ordinaria y están vigentes en la actualidad.

280. El Decreto 4336 de 2008 creó el artículo 316-A en el Código Penal. En esa ocasión, el decreto no le asignó un nombre a la conducta punible que castigaba con pena de ocho (8) a (15) años el no reintegro del dinero captado mediante la

actividad descrita en el artículo 316 del Código Penal. Al igual que la reforma descrita en el párrafo anterior, la Ley 1357 de 2009 lo incorporó a la legislación penal ordinaria con la misma redacción, inclusive sin el nombre, exceptuando el párrafo que incluía una disposición de orden procesal.

Respecto a este párrafo precisamente la Corte Constitucional, en la sentencia C-224 de 2009²², declaró inexecutable la expresión “antes de la vigencia de esta norma”, puesto que vulneraba el principio de legalidad al establecer la aplicación del principio de oportunidad frente a delitos cometidos antes de la promulgación de la norma.

281. Por su parte, el Decreto 4449 de 2008 modificó los sujetos activos involucrados en el delito de omisión de control (art. 325 CP) sustituyendo la expresión “director” por la de “administrador”. Adicionalmente, aumentó las penas establecidas como se puede observar en la tabla posterior. El decreto, sin embargo, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 2009²³, en la que consideró que no había conexidad material con el Decreto 4333 de 2008, ya que los sujetos activos de los delitos bajo examen no se limitan a las personas estrictamente relacionadas con la captación y recaudo ilegal, puesto que la conducta abarca un grupo más amplio de sujetos que no necesariamente tienen relación con el fenómeno que se quiere contrarrestar. Además de esto, expresa la Corte que la facultad punitiva tiene reserva legal y que una medida transitoria emitida por la rama ejecutiva no puede apropiarse de esta competencia buscando la permanencia de un delito en el ordenamiento jurídico.

En el mismo año de la declaratoria de inexecutable de esta modificación excepcional a la legislación penal, la omisión de control se reformó a través de la Ley 1357 de 2009. En esta oportunidad, la pena establecida –y hoy vigente– es la que traía el Decreto 4333. El sujeto activo del tipo penal se volvió a ampliar, incluyendo al miembro de la junta directiva y al representante legal.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-224-09.htm>.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 2009. MP. Clara Elena Reales. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-225-09.htm>.

Tabla número 34. Comparación de la redacción del delito de omisión de control, 2000-2016

REDACCIÓN ORIGINAL, L599/00	D4333/08	MODIFICACIÓN L1357/09 (VIGENTE)
El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.	El empleado o administrador de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.	El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Fuente: elaboración propia

282. El Decreto 4449 de 2008 también creó el delito de omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo, el cual fue incorporado en el Código Penal en el artículo 352-A. Luego de la declaratoria de inexecutable, que implicó su expulsión del ordenamiento, fue reincorporado a la legislación mediante la misma Ley 1357 de 2009, con algunas modificaciones en la estructura del tipo, pero con la misma pena.

283. En cuanto al Decreto 4450 de 2008, creó un nuevo inciso en el delito de usura que castigaba la ejecución de la conducta a través de la figura del pacto de retroventa o del mecanismo de cobros periódicos. La Corte Constitucional, al igual que hizo con el anterior, declaró inexecutable el decreto a través de la sentencia C-226 de 2009²⁴ en la que consideró que el decreto no satisfacía las exigencias de especificidad y de conexidad, se dirige a regular una actividad que va más allá del ámbito propio de la crisis que dio lugar al estado de emergencia, sin que estén establecidas las razones que expliquen su adopción por la vía transitoria de la emergencia social. En este caso no se volvió a incorporar el inciso mencionado a la legislación.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-226 de 2009. MP. Gabriel Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-226-09.htm>.

284. Por último, a finales del año 2009, mediante el Decreto 4975, se volvió a declarar en todo el territorio nacional el estado de emergencia social, esta vez para enfrentar la crisis de sistema de salud, ya que su capacidad para responder a la demanda de servicios médicos y medicamentos era insuficiente, generando colapsos y grandes pasivos para el Estado, afectado la garantía del derecho a la salud y a la vida. Entre las medidas ejecutadas, se creó del Decreto 130 de 2010²⁵ mediante el cual se reformó el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (art. 312 CP). La reforma consistió en un aumento significativo de las penas, como se puede observar en la tabla posterior. La sentencia C-332 de 2010 declaró inexecutable del Decreto 4975 de 2009 que declaraba el estado de emergencia social, con lo cual sobrevino la inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto 130 de 2010. No obstante, mediante la Ley 1393 de 2010 se incorporó la reforma que había propuesto el decreto, es decir el aumento de la pena.

Tabla número 35. Comparación de la redacción del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, 2000-2016

2000	Decreto 130 de 2010 (inexecutable)	Ley 1393 de 2010 (vigente)
<p>El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de éste.</p>	<p>El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de este.</p>	<p>El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de este</p>

Fuente: elaboración propia

Igual situación de inconstitucionalidad por consecuencia sucedió con el Decreto 126 de 2010 que intervino varios títulos del Código Penal bajo el

²⁵ De acuerdo con las consideraciones iniciales del decreto, este era una medida que “resulta necesaria la adopción de medidas excepcionales para optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, como arbitrio rentístico, con el fin de que se incorporen en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la financiación de los servicios que este cubre.”

argumento de que “las prácticas que se pretenden conjurar no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública”. Así, creó cuatro (4) nuevos delitos, dos nuevas circunstancias de agravación punitiva y amplió el catálogo de conductas consideradas como estafa.

Tabla número 36. Tipos penales creados con el Decreto 126 de 2010

Omisión en la atención inicial de urgencias (131-A CP)	Inexequible. No se ha incorporado a la legislación ordinaria de nuevo.
Estafa (247, n. 5 CP)	El numeral 5 fue declarado inexequible. Se incorporó a la legislación ordinaria a través de la Ley 1474 de 2011 como el numeral 6 del artículo 247 CP.
Agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos (301-A CP)	Inexequible. Se incorporó a la legislación ordinaria a través de la Ley 1474 de 2011, pero como inciso 3 del artículo 301 CP (agiotaje).
Contrabando de medicamentos, dispositivo, suministro o insumo médico (319-2 CP)	Inexequible
Venta fraudulenta de medicamentos (374-A CP)	Inexequible. Se incorporó a la legislación ordinaria a través de la Ley 1453 de 2011 con algunas modificaciones en la estructura del tipo.
Circunstancia de Agravación Punitiva del peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social (399-A CP)	Inexequible. Se incorporó a la legislación ordinaria a través de la Ley 1474 de 2011.
Circunstancia de Agravación Punitiva del peculado culposo frente a recursos de la seguridad social 400-A CP)	

Fuente: elaboración propia

4.3. TIPOS PENALES FUERA DEL CÓDIGO PENAL

285. A continuación, se analizarán algunas leyes que han legislado en materia penal creando delitos que se encuentran excluidos del Código Penal. Además de describir el tipo y comprender cuál es el bien jurídico que pretende proteger, se revisaron los antecedentes de la ley con el fin de observar cómo fue la inserción de estos delitos en el ordenamiento jurídico.

4.3.1. *Inscripción fraudulenta en el registro de tierras despojadas e inscripción fraudulenta en el registro de víctimas. Ley 1448 de 2011*

286. La Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, de acuerdo con su exposición de motivos, tenía como objetivo instituir una

política de Estado en cuanto a la asistencia, protección y reparación a las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de Derecho Humanos o Infracciones al Derecho Internacional Humanitario (Gaceta 692 de 2010, Senado).

Al inicio del trámite legislativo no se contemplaba ninguna disposición de carácter penal que buscara introducir alguna especie de modificación o adición al Código Penal. De la misma manera, tampoco contemplaba alguna medida dirigida a la creación de algún tipo penal, en los términos en que se ha descrito en este apartado (Gaceta 692 de 2010, Senado).

Sin embargo, para la ponencia del primer debate en el Senado se incluyeron dos tipos penales, i) el primero, contenido en el artículo 97, que sancionaba la inscripción fraudulenta en el registro de tierras, y ii) el segundo, dispuesto en artículo 176 del proyecto, el cual pretendía sancionar la inscripción fraudulenta en el registro de víctimas (Gaceta 865 de 2010, Senado). La inclusión de estos tipos penales en el proyecto de ley subsistió durante el texto aprobado del primer debate, la ponencia para el segundo debate, y el respectivo texto aprobado de esta última (Gaceta 865, 1004 y 1139 de 2010, Senado).

Una vez surtido el trámite ante la Cámara de Representantes, el proyecto de ley fue sometido a un primer y segundo debates en el Senado. Dentro de las ponencias para tales debates, y de sus respectivos textos aprobados, se mantuvieron los dos tipos penales. (Gacetas 63, 247, 253 y 339 de 2011, Senado), los cuales, finalmente quedaron consagrados en la Ley 1448 de 2011: en el artículo 120 para la inscripción fraudulenta en el registro de tierras despojadas, y en el artículo 199 para el fraude en el registro de víctimas.

Es importante observar que, desde su primera inclusión, en la ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes no se esgrimió ningún tipo de argumento que tuviera como fin justificar la inserción de tales tipos penales, ni tampoco las razones por las que se optó por contenerlos en una regulación paralela al Código Penal, y no incluirlos en éste bajo alguno de los tipos ya existentes, con los que guardan concordancia.

4.3.2. *Explotación de menores de edad y manipulación de equipos terminales móviles. Ley 1453 de 2011*

287. Según la exposición de motivos, la Ley 1453 de 2011 tuvo como finalidad principal la protección de los derechos de los ciudadanos a través de cuatro objetivos:

Eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales (Gaceta 737 de 2010, Senado).

Para esto introdujo una serie de reformas a varios títulos del Código Penal y al código de procedimiento penal. Si se examina el trámite legislativo de los tipos objeto de análisis, en su paso por el Senado se puede observar cómo inicialmente en el proyecto de ley y primeros debates estaba prevista la intervención de varios títulos del Código Penal sin denotar la existencia de otros delitos excluidos del código como los que finalmente fueron aprobados (Gacetas 737 850, 975, 1117 de 2010, Senado). En Cámara, durante el segundo debate, se proponen modificaciones que dan cabida a la introducción de estos dos nuevos tipos; sin embargo, no media argumentación al respecto que dé cuenta por qué, en una misma ley con reformas de amplio calado en la legislación penal, se crearon e insertaron delitos en el Código Penal, por un lado, y se establecieron modalidades delictivas por fuera de este mismo estatuto, por otro lado.

El delito de explotación de menores de edad²⁶ se ubica dentro de la sección de *medidas para garantizar la seguridad ciudadana con el código de infancia y adolescencia*, pero no es introducido ni al código de infancia y adolescencia ni al Código Penal. Por otra parte, el tipo de manipulación de equipos terminales²⁷ se ubica en la sección de *otras medidas para garantizar la seguridad ciudadana*, y tal hipótesis sí es expuesta como una inserción en la instancia legislativa (Gaceta 194 de 2011, Cámara). Con estas modificaciones es conciliada la ley y posteriormente aprobada.

4.3.3. *Tráfico de Órganos. Ley 919 de 2004, artículo 2*

288. La Ley 909 de 2004, mediante la cual se prohíbe la comercialización de componentes humanos, no contaba dentro del proyecto original de ley con algún tipo de argumentación que justificara la inclusión de un nuevo tipo penal (Gaceta 348 de 2003, Senado). Si bien en la exposición de motivos de este proyecto se hacía un análisis sobre las repercusiones económicas y sociales, así como de los aspectos éticos, de la comercialización de órganos, no realizaba ningún análisis sobre la pena que buscaba imponer la conducta mencionada.

Es sólo hasta la ponencia para el segundo debate en el Senado que se realiza un breve análisis sobre política criminal respecto a la comercialización de componentes anatómicos humanos (Gaceta 142 de 2004, Senado). Dentro del texto de la ponencia se resalta que de tiempo atrás existe en Colombia la penalización de ciertas conductas que tienen relación con el tráfico y la comercialización de órganos, y en ese sentido, se cita el artículo 204 CP, el cual estatuyó el tipo penal de irrespeto a cadáveres, estableciendo una sanción pecuniaria cuando se comete la conducta de extracción o el irrespeto sobre el cadáver de una persona o sus restos, sanción que se verá aumentada cuando se tengan fines de lucro.

²⁶ Artículo 93 de la Ley 1453 de 2011.

²⁷ Artículo 105 de la Ley 1453 de 2011.

Por otra parte, la ponencia también resalta la existencia la Ley 73 de 1988 y del Decreto 2546 de 1998, cuyo contenido establece una prohibición sobre la comercialización de componentes anatómicos. Consideraron los legisladores que tales instrumentos eran insuficientes para prevenir y sancionar el fenómeno de la comercialización y el tráfico de órganos, y que en consecuencia había que promulgar una sanción de tipo penal que abarcara un mayor número de conductas sobre el tema y que fuese más severa.

Durante el cuarto debate surtido para el proyecto en la Cámara de Representantes se reconoció que la esencia misma del proyecto de ley citado se encontraba en tipificar todas las conductas relacionadas con el tráfico y la comercialización de componentes anatómicos (Gaceta 660 de 2004, Senado).

Así las cosas, una vez surtidos los cuatro debates en el Congreso de la República, y conciliado el proyecto de ley, se promulgó la ya citada Ley 909 de 2004.

Al respecto es importante observar, cuando menos, que, durante el trámite del proyecto de ley, se identificó tanto la preexistencia de tipos penales afines al contenido en la Ley 909, así como la necesidad de tipificar otro tipo conductas; sin embargo, extrañamente, jamás se contempló la necesidad de integrar, articular o armonizar la iniciativa con el Código Penal.

4.3.4. *Ejercicio ilegal de la actividad evaluadora. Ley 1673 de 2013, artículo 9*

289. La Ley 1673 de 2013 tuvo como objetivo principal regular lo relacionado con el ejercicio de la actividad evaluadora, entendida como una profesión. La ley consagra los requisitos para ser evaluador, las funciones que realizan, las autoridades que los vigilan y además un régimen penal. Así mismo, el artículo noveno crea un nuevo delito que castiga el ejercicio ilegal de esta actividad. En esta disposición se preveía entonces que la conducta de ejercer ilegalmente una actividad evaluadora, u ofrecer servicios relacionados con la actividad sin tener la debida autorización, tendría la misma pena que la del delito de simulación de investidura, contemplada en el artículo 426 CP.

Con relación al trámite legislativo, es posible observar que en el proyecto de ley inicial si bien se preveía la posibilidad de una sanción penal, no se establecía una pena determinada para el mismo (Gaceta 109 de 2012, Cámara). Es en la ponencia para el primer debate en Cámara donde se hace explícita la decisión de que tal modalidad delictiva tendrá la misma pena que le corresponde a la simulación de investidura (Art 426 CP), agregando además a las hipótesis delictivas la de participar como evaluador sin estar debidamente autorizado, en un juicio (Gacetas 251 y 570 de 2012, Cámara).

Cuando el proyecto inicia su trámite en el Senado se agregan otras hipótesis como la de anunciarse o presentarse como evaluador sin serlo, y se otorga la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer del asunto sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria.

Varios artículos de esta ley fueron demandados ante la Corte Constitucional, entre ellos el artículo noveno objeto de análisis. Los cargos planeaban la extralimitación que tuvo el legislador con relación a su competencia al restringir arbitrariamente el derecho a escoger profesión. La Corte en la sentencia C-385 de 2015²⁸ declara inexecutable el artículo, pero no por el cargo planteado, sino porque la consagración del delito era innecesaria y carecía de razonabilidad y proporcionalidad. Cuestiona la necesidad de la disposición, haciendo referencia a la competencia del legislador en materia punitiva, explicando que debe haber un análisis en la creación de la ley que permita inferir que tal medida era la menos restrictiva de derechos y la *última ratio* para proteger el fin que pretende.

En ese sentido considera el tribunal que había otras medidas cuya limitación era menor y que amparaban los bienes jurídicos particulares que se querían proteger. Frente a la razonabilidad, explica que en el trámite legislativo no hay justificación alguna para la inclusión del delito. Finalmente, analiza la proporcionalidad y sostiene la Corte que se “desconoció el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, puesto que su tipificación no se orientó a la directa protección del bien jurídico que podría tutelar el delito de simulación de investidura como es la administración pública. En realidad, el tipo penal propuesto se dirige a facilitar la sanción de otra clase de conductas que se desempeñan en una actividad privada”.

5. ESTRUCTURAS ALTERADAS POR EL ENDURECIMIENTO PUNITIVO

290. El progresivo endurecimiento punitivo que se ha descrito en las secciones anteriores ha tenido un impacto evidente en algunos sectores de la legislación. Los más representativos, y que se desarrollan a continuación, se pueden constatar en la configuración actual de la sistemática de los bienes jurídicos protegidos, donde se registran cambios de importancia respecto de la situación del año 2000, cuando entró en vigencia el nuevo Código Penal. También, al observar los aumentos de las penas mínimas, se constata una situación de endurecimiento que impacta directamente en el uso de la detención preventiva como medida cautelar de carácter personal. Por último, se destaca la incoherencia, que aún está vigente, en las penas de los delitos de drogas, a partir de la cual existen penas mínimas más altas que las penas máximas que los jueces pueden imponer a los ciudadanos responsables por este tipo de infracciones.

5.1. SISTEMÁTICA DE LOS BIENES JURÍDICOS

291. En las primeras páginas de la exposición de motivos de la Ley 599 de 2000 se encuentran dos ideas relevantes en torno a la manera como se organizó

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-385 de 2015. MP. Alberto Rojas Ríos. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-385-15.htm>.

el libro II del Código Penal. En primer lugar, la nueva codificación al comenzar el siglo XXI cambió la forma en que se presentaban los bienes jurídicos protegidos a través del derecho penal, dado que “el derecho a la vida pasa a ser el bien jurídico protegido más importante” (Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 9). Ello implicó que la organización del catálogo de conductas punibles comenzara listando las relacionadas con la protección a la vida e integridad personal (I) y para concluir con las relacionadas con la protección del régimen constitucional y legal (XVIII), a diferencia de las codificaciones del siglo pasado, las cuales iniciaban con los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y concluían con los delitos contra el patrimonio económico, como fue el caso del Código Penal de 1980.

En materia de doctrina penal, desde antes de la Constitución de 1991 se registran voces críticas a la sistematización existente en ese momento, las cuales abogaban por una distinta, más afín con la que finalmente se propuso a través de la Ley 599 de 2000. Un caso destacado de esto fue el de Luis Carlos Pérez, quien, a propósito del orden en el sistema de la parte especial del último código que pudo comentar, sostenía:

Las infracciones de que se ha informado a través de los nombres acogidos en la ley, serán estudiadas en el mismo orden que esta señala, comenzando por los delitos contra la existencia del Estado y contra su seguridad, y dejando como penúltimo tema el de los ataques a la vida y a la integridad de las personas, que en algunos estatutos extranjeros figuran en primer término. Así debiera redactarse un Código, porque la vida es el bien supremo, que debe ser objeto de tratamiento prioritario (Pérez, 1984, p. 9).

292. Con un nuevo ambiente constitucional, los legisladores decidieron acoger un nuevo criterio de sistematización de la parte especial del Código Penal, el cual no solamente resulta ser un asunto de atracción para juristas y académicos interesados en la discusión teórica y conceptual de la teoría del derecho penal, pues la manera como se organiza la reacción punitiva frente a la afectación de diversos bienes jurídicos es un problema de orden práctico. En ese sentido, involucra a un grupo más amplio de actores que participan en la construcción, ejecución y crítica de la política criminal del país, integrado por los operadores y las instituciones judiciales y legislativas, e incluso los grupos sociales más amplios que en algunas ocasiones participan en la creación de penas y delitos.

La razón de lo anterior radica en que, como concepto dentro de la política criminal, los bienes jurídicos son relaciones sociales que se valoran hasta cierto grado que para estas se selecciona una de las intervenciones más serias que realiza un Estado democrático sobre los ciudadanos, con lo cual la intensidad de esta intervención, que en este caso no es nada más que la pena, especialmente la privativa de la libertad, debe estar relacionada con la intensidad de la valoración de la relación social que llega a ser un bien jurídico protegido a través del derecho penal.

El Código Penal del 2000 traduce la regla anterior en la sistematización de los tipos. Por ello, en el primer título, que consagra la protección a la vida y a la integridad

personal (I), se encuentra el delito con la sanción más alta admitida, dado su grado de desvalor. Esto indica que por encima de esta pena no puede haber otra mayor, pues ello implicaría una modificación en la jerarquización de los bienes jurídicos protegidos.

293. Planteado desde este punto de vista, en la sistemática de los bienes jurídicos subyace un criterio de proporcionalidad según el cual, fijada la pena máxima para el delito que encierra el mayor desvalor, ningún otro delito puede superarla, a riesgo de alterar la jerarquía de valores protegidos a través del derecho penal. En el año 2000, exceptuando el ligero exceso punitivo que registraba el secuestro extorsivo agravado –corregido en el 2002–²⁹, el delito que registraba la mayor sanción de privación de la libertad estaba ubicado en el primer artículo, del primer capítulo, del primer título de la parte especial del Código Penal. El genocidio (art. 101 CP), el mayor crimen contra el género humano, había sido codificado en la nueva legislación penal doméstica con la pena máxima admitida hasta el momento, esto es cuarenta (40) años. Con la misma intensidad en la reacción punitiva se registraban algunos delitos especialmente graves, ubicados en los tres primeros títulos, relacionados con la protección de la vida, la libertad y las personas y bienes protegidos por el DIH, como era el caso del homicidio agravado (art. 104 CP), el homicidio en persona protegida (art. 135 CP) y la toma de rehenes (art. 148 CP)³⁰.

294. Ahora, en el 2016, cuando el delito de genocidio (art. 101 CP) establece una sanción máxima de cincuenta (50) años de prisión, no solo se registran más delitos con la misma pena, sino otros muy por encima de ese tope, como ya se señaló más arriba³¹. Al revisar el número de delitos que tienen una pena máxima entre mayor a cuarenta (40) años –el tope legal establecido en el 2000– e igual a cincuenta (50) años, el listado de delitos especialmente graves dentro del límite admitido ya no se compone de cuatro (4) conductas punibles, sino de diecisiete (17):

Tabla número 37. Modalidades delictivas con penas de prisión mayores a 40 e iguales a 50 años

Conducta punible	Art. CP	Pena Máx.
Secuestro extorsivo agravado	170	50
Genocidio	101	50
Homicidio agravado	104	50
Homicidio en persona protegida	135	50
Desaparición forzada agravada	166	50

²⁹ Ver *supra* sección 3.1.2.2.1 de la segunda parte.

³⁰ Vale anotar que todos estos delitos especialmente graves tenían establecido, para la determinación e individualización judicial de la pena (art. 61 CP), un ámbito de movilidad de diez (10) años, a excepción del homicidio agravado, que tenía establecido uno de quince (15) años.

³¹ Ver *supra* sección 3.1.2 de la segunda parte.

Feminicidio agravado	104-B	50
Toma de rehenes	148	45
Concierto para delinquir agravado (inc. 1)	342	45
Menoscabo de la integridad nacional	455	45
Desaparición forzada	165	45
Lavado de activos	323	45
Agravación del uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles	377-A	45
Agravación de la agravación ³³ del uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles	384	45
Secuestro extorsivo	169	42
Feminicidio	104-A	41,7
Acceso carnal violento en persona protegida agravado	140	40,5
Concierto para delinquir agravado (inc. 3.2)	342	40,5

Fuente: elaboración propia³²

En relación con la tabla anterior, es importante destacar que el listado ya no se compone de delitos ubicados en los tres primeros títulos del Código Penal, sino que ahora en este participan delitos dirigidos a la protección de la seguridad pública (XII), de la salud pública (XIII), de la existencia y la seguridad del Estado (XVII) y del orden económico social (X), lo que en otras palabras quiere decir que en la legislación penal colombiana hay delitos especialmente graves que (i) protegen bienes jurídicos de carácter colectivo, (ii) a través de la técnica de tipificación de los delitos de peligro, como es el caso del concierto para delinquir y uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles.

295. De otra parte, al revisar los delitos con pena máxima en cada uno de los títulos del Código Penal, también se registran algunas modificaciones. De los dieciocho (18) títulos originales establecidos en el 2000³³, en seis (6) de ellos se ha modificado el delito que contempla la pena de prisión de mayor duración (ver tabla número 38). Un

³² La Ley 1453 de 2011 introdujo dos circunstancias especiales de agravación punitiva al delito de uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles (art. 377-A CP). Es el único delito del capítulo II del título XIII que tiene un agravante propio, dado que al final del capítulo, en el artículo 384, se establecen las circunstancias de agravación comunes a todos los delitos contenidos en esa sección. Con esto, se puede presentar el caso en el que las conductas descritas en el artículo 377-A se puedan agravar acumulativamente, tanto por su propio agravante, artículo 377-B, como por el agravante común del artículo 384.

³³ De esta cuenta, por tanto, se excluyen los títulos VII-A, VII-Bis y XI-A.

ejemplo de ello es el caso de la protección a la libertad individual (III) el secuestro extorsivo agravado el cual tenía la pena mayor en el 2000 y fue reemplazado por el tráfico de niños, niñas y adolescentes, que actualmente representa la modificación directa de una pena que supera el límite máximo de los cincuenta (50) años. También es importante destacar que en materia de salud pública (XIII), en el 2016 se registra una modalidad delictiva más grave que el tráfico de estupefacientes; la agravación del uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles establece una pena quince (15) años mayor a la establecida para la hipótesis más grave del tráfico de drogas (art. 376, inc. 1 CP).

Tabla número 38. Modalidades delictivas con la mayor sanción, distribuidas por títulos, 2000-2016

Título	2000	2016
I*	Genocidio	
II*	Homicidio en persona protegida	
III	Secuestro extorsivo agravado	Tráfico de niñas, niños y adolescentes
IV	Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado	Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad
V	Circunstancias especiales de graduación de la pena para injuria y calumnia	
VI	Adopción irregular	Violencia intrafamiliar
VII	Extorsión agravada	
VIII	Violación a los derechos morales de autor	
IX	Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público	Tráfico de moneda falsificada
X*	Lavado de activos	
XI	Invasión de áreas de especial importancia ecológica	
XII	Concierto para delinquir agravado	
XIII	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	Agravación del uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles
XIV	Perturbación de certamen democrático	
XV	Peculado por apropiación	
XVI	Favorecimiento, inc. 2	Agravación de la receptación, inc. 4.2
XVII	Menoscabo de la integridad nacional	
XVIII	Rebelión agravada	

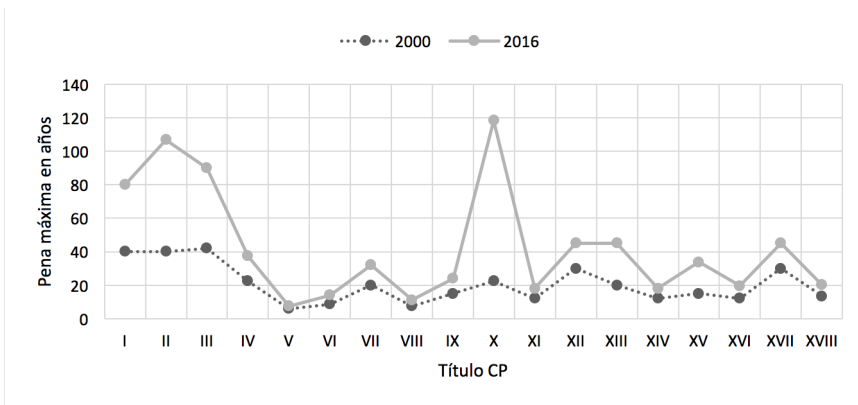
Fuente: elaboración propia

En la tabla anterior aparecen tres (3) títulos marcados con asterisco (*), debido a que en estos casos existen delitos con penas muy por encima del tope legal establecido, pero que resultan de modificaciones indirectas, tal y como se desarrolló en la sección 3.1 de esta parte.

296. Las inserciones de la tabla, aunque no hayan sido discutidas y previstas de manera consciente por los legisladores, como posibilidad punitiva, existen en el derecho penal colombiano, lo cual implica que en materia de protección a la vida (I) existe una modalidad agravada de lesiones con agentes químicos que contempla una sanción máxima cuarenta (40) años, mayor a la prevista para el genocidio, en la protección a las personas y bienes protegidos por el DIH (II), existe una modalidad de lesión en persona protegida que contempla una sanción máxima cincuenta y seis coma siete (56,7) años, mayor a la prevista para el homicidio en persona protegida; finalmente, existe una circunstancia especial de agravación punitiva del lavado de activos por fuera del Código Penal que contempla una sanción máxima de treinta y nueve coma sesenta y dos (39,62) años mayor a la ya de por sí excesiva sanción de setenta y ocho coma cinco (78,5) años, prevista en el Código Penal para la modalidad agravada –más grave³⁴– del lavado de activos con una pena de ciento dieciocho coma doce (118, 12) años.

En el gráfico número 10 se puede contrastar la situación actual y la situación en el 2000, en relación con la pena máxima de prisión en cada uno de los títulos originales de la parte especial del Código Penal. Para la composición de los valores de 2016 (línea roja), se incorporaron como valores máximos descritos en el párrafo anterior.

Gráfico número 10. Composición de los títulos CP, de acuerdo con las penas máximas



Fuente: elaboración propia

297. Si se admite que en la protección al orden económico social (X) existe la posibilidad legal de la descripción de una pena máxima superior a los cien (100) años en algunos casos agravados de lavado de activos, esta se posiciona como la sanción más grave de código y el título X del Código Penal como el de mayor jerarquía.

³⁴ En este caso, la redundancia nos parece excusable.

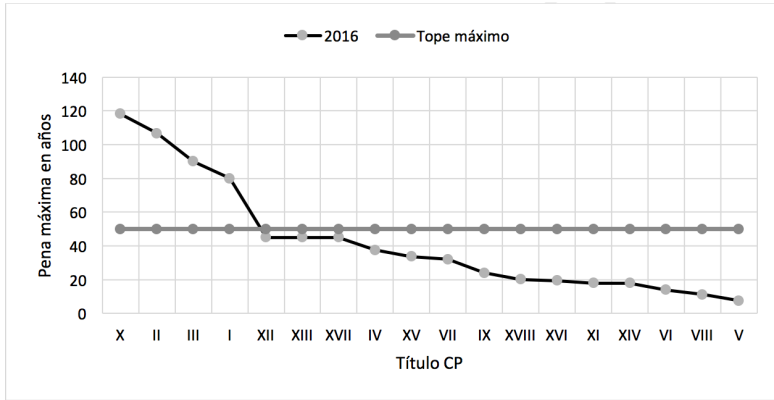
Es importante notar, además, que son muy pocos los casos en los que solamente se conserva como aumento punitivo el realizado en el 2004 por la Ley 890. Si se tiene en cuenta que la fórmula de aumento en la pena máxima consistía en un incremento del cincuenta por ciento (50%), solo en los casos de los títulos XI, XII, XIV, XVII y XVIII se registra para el 2016 un incremento en ese porcentaje. En la mayoría de los restantes, el aumento punitivo en la pena máxima es mayor al valor indicado en el 2004, hasta llegar a la situación que se registra en el caso de la protección al orden económico social (X) en el que, aunque sea una modificación indirecta, la pena máxima aumentó en cuatrocientos veinticinco coma treinta y dos por ciento (425,32%), respecto de la fijada en el 2000.

La forma de las penas máximas en el 2000 (línea amarilla) muestra, además, que en el tope máximo se posicionaban los tres primeros títulos, que se corresponden con la protección a la vida (I), la libertad (III) y las personas y bienes protegidos por el DIH (III); luego de ello, se presentaban cuatro (4) picos, que en ningún caso superaban los treinta (30) años de duración de la pena máxima, como es el caso de las protecciones al patrimonio económico (VII), con veinte (20) años; al orden económico social (X), con veintidós punto coma cinco años (22,5); a la seguridad pública (XII), con treinta (30) años; y, finalmente, a la existencia y seguridad del Estado (XVII), también con treinta (30) años.

298. Dada la situación anterior, la cuestión que emerge inmediatamente es cómo estarían jerarquizados los bienes jurídicos, desde la perspectiva de la mayor intensidad de protección penal, a partir de la duración máxima de la prisión. Para ello, en el gráfico número 11, se presenta el tipo de organización que tendría la parte especial del Código Penal si se ordenan, de mayor a menor, los títulos, atendiendo al criterio de duración máxima de la pena de prisión. Así, antes de la protección a la vida (I), ubicada en cuarto lugar, se posicionan la protección al orden económico social (X), a las personas y bienes protegidos por el DIH (II) y a la libertad personal (III). Luego de estas cuatro (4) posiciones, todas ellas por encima del tope permitido de cincuenta (50) años (línea gris)³⁵, se destacan tres (3) títulos que contienen protecciones penales a los bienes jurídicos colectivos de la seguridad pública (XII), salud pública (XIII) y seguridad del Estado (XVII).

³⁵ Es importante recordar que, en el caso de la protección a la vida (I), la pena máxima registrada no es la del delito de genocidio, sino la de una modalidad agravada de lesiones personales con agentes químicos. Ver *supra*, sección 3.1.2.2.2 de la segunda parte.

Gráfico número 11. Ordenación de los títulos CP, de acuerdo con la duración de la pena máxima establecida en cada uno de estos, 2016



Fuente: elaboración propia

Con esto es posible sostener, desde el punto de vista de los aumentos punitivos, que en los poco más de quince (15) años de vigencia del actual Código Penal, hay una alteración en los grados de protección penal de los bienes jurídicos. Esta situación se presenta debido principalmente a incrementos desproporcionados, los cuales en algunas ocasiones no son previstos de manera consciente y mucho menos deliberativa, teniendo en cuenta todas las conexiones que este tipo de decisiones tienen en el sistema penal considerado en su conjunto.

5.2. AUMENTOS PUNITIVOS. EL CASO DE LOS PORCENTAJES DE AUMENTO EN LAS PENAS MÍNIMAS

299. Otra manera de captar la intensidad de los aumentos de las penas en el Código Penal colombiano se basa en determinar qué porcentajes de aumento se registran en el conjunto de tipos penales que lo conforman. Debido a la extensión del catálogo, a continuación solamente se exponen las modificaciones más significativas relacionadas con aumentos en el mínimo de la pena de prisión.

300. Si se considera el sistema judicial de determinación de las penas en Colombia, no solo resulta importante considerar las modificaciones de las penas máximas. El artículo 61 del Código Penal, en términos generales, ordena al sentenciador dividir en cuatro (4) fracciones el intervalo temporal entre los valores máximo y mínimo de la sanción, para luego fijar duración concreta de la pena³⁶.

³⁶ 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,

Así, en la medida en que se cierre el intervalo temporal disponible para la fijación de la pena, cada uno de los cuartos se compondrá de menor tiempo y, por lo tanto, la sanción concreta impuesta tendrá mayor duración.

Un ejemplo bastará para ilustrar lo anterior. Supóngase que un ciudadano (C1) es condenado por un delito que contempla, en un primer momento (M1), la pena de prisión de uno (1) a diez (10). Luego, el legislador decide modificar la pena de ese delito porque consideró que, para reducir la impunidad había que permitir, en los casos de esa infracción, la detención preventiva en establecimientos carcelarios. Como solamente busca tal estrategia, no aumenta la pena máxima, sino solo la mínima, con lo cual establece una nueva pena de prisión de cuatro (4) a diez (10) años. Luego de esa reforma (M2) otro ciudadano (C2) comete la infracción penal en idénticas condiciones y circunstancias. Los resultados son los siguientes:

Tabla número 39. Distribución en cuartos de dos situaciones ejemplares

	Cuarto mínimo	Primer cuarto intermedio	Segundo cuarto intermedio	Cuarto máximo
C1 en M1 (1-10 años)	1-3,25 años	3,25-5.5 años	5,5-7,75 años	7,75-10 años
C2 en M2 (4-10 años)	4-5.5 años	5.5-7 años	5.7-8.5 años	8.5-10 años

Fuente: elaboración propia

Suponiendo que las circunstancias y condiciones imponen al sentenciador ubicar la pena en el primer cuarto intermedio, la misma infracción, a la que solamente se le aumentó la pena mínima, tiene para el ciudadano C1 un margen de sanción de tres coma veinticinco (3,25) a cinco coma cinco (5,5) años y para el ciudadano C2 el margen es ahora de cinco coma cinco (5,5) a siete (7) años. Con esto es claro que cuando se reduce el ámbito de movilidad de las penas fijadas en el Código Penal, el margen concreto del sentenciador también se reduce, haciendo que la pena, en cualquiera de los cuatro (4) momentos posibles tenga mayor duración.

dos medios y uno máximo.

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

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

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

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

Ahora bien, antes de presentar el análisis desarrollado, es conveniente hacer una precisión metodológica sobre el conjunto de tipos analizados. Este se realizó teniendo en cuenta las siguientes características:

- Delitos originalmente contemplados en la Ley 599 de 2000 y que, por tanto, han tenido como mínimo una (1) modificación en las penas (Ley 890 de 2004).
- Delitos creados con posterioridad al 2000, pero que cumplen alguna de las siguientes condiciones: haber sido creados después del 2000 y antes del 2004, o haber sido creados con posterioridad al 2004, pero reformados luego de su creación.
- Delitos que contemplan como pena principal la prisión.

Con esto, del conjunto analizado quedan excluidos todos los tipos penales que han sido creados con posterioridad al 2004 y no han sido reformados, en materia de penas, desde su creación; también, los delitos que solamente contemplan como pena principal la multa. En estas condiciones, el conjunto se compone de cuatrocientos treinta y un (431) modalidades delictivas de las seiscientos treinta y un (631) registradas en esta ocasión. Esto indicaría una modificación en las penas de prisión en el sesenta y ocho coma tres por ciento (68,3%) de la parte especial del Código Penal.

301. Una de las decisiones que se adoptaron en el marco de la implementación del sistema acusatorio en Colombia fue, como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones, el aumento generalizado de las penas, que incrementó en treinta y tres por ciento (33%) en el mínimo y en cincuenta por ciento (50%) en el máximo. En la medida en que esta experiencia de aumentos punitivos, no solo fue generalizada, sino también única, estos dos valores se pueden tomar como un criterio para considerar los porcentajes de aumento que registran las penas en Colombia. En el caso de las penas mínimas, las primeras diez (10) posiciones de los mayores aumentos se ubican muy por encima del registro del treinta y tres por ciento (33%):

Tabla número 40. Mayores porcentajes de aumento en las penas mínimas, 2000-2016

Modalidad delictiva	Título	Artículo	Mín. 2000	Máx. 2000	Mín. 2016	Máx. 2016	% Aumento
Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (inc. 3)	XII	365	2	8	18	24	800%
Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (inc.1)	XII	365	1	4	9	12	800%
Favorecimiento y facilitación del contrabando, inc. 2	X	320	1	5	6	10	500%
Soborno	XVI	444	1	5	6	12	500%
Circunstancias de agravación punitiva para Inducción a la prostitución	IV	216	3	6	13,33	33	413%
Inducción a la prostitución	IV	213	2	4	10	22	400%
Captación masiva y habitual de dineros, inc. 1	X	316	2	6	10	20	400%
Utilización ilícita de redes de comunicaciones, inc. 2	III	197	1,30	4,50	6	12	362%
Contaminación de aguas, inc. 3	XIII	371	1,30	7,50	5,33	15	310%
Violencia intrafamiliar, inc. 2	VI	229	1,50	5,25	6	14	300%
Amenazas, inc.2	XII	347	1	5,30	4	10,67	300%

Fuente: elaboración propia

Como se puede ver en la tabla anterior, de los diez (10) primeros delitos que registran los mayores aumentos en la pena mínima, cinco (5) de ellos están asociados a la protección de la seguridad pública (XII) y al orden económico social (X). Entre estos es importante destacar la posición del delito de porte de armas (art. 365), que registra dos modalidades en las que el aumento de la pena mínima es del ochocientos por ciento (800%), lo que hace que actualmente las penas mínimas de las dos modalidades delictivas en el 2016 sean superiores a las penas máximas establecidas en el 2000.

Esta situación resulta bastante preocupante, porque, como se verá, es uno de los delitos con mayores registros de encarcelamiento de ciudadanos. De este modo, no solo hay un número significativo de personas privadas de la libertad, sino que además, en relación con el 2000, estas personas duran más en prisión.

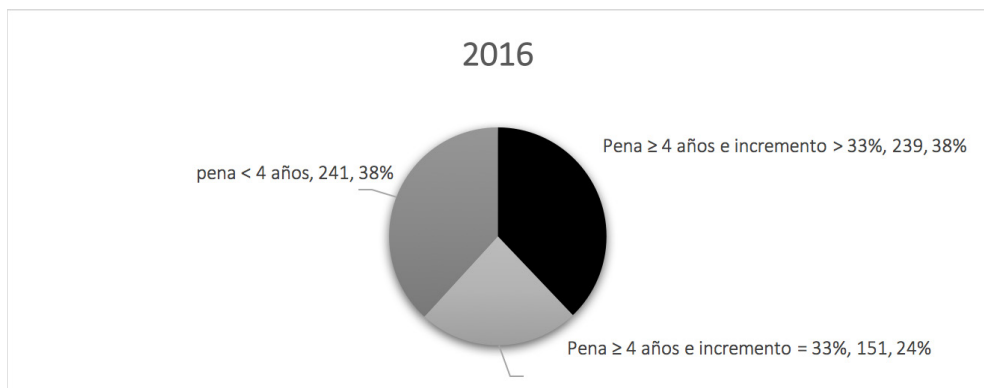
También es preciso notar que, de las modalidades listadas en la tabla anterior, la nueva pena mínima de estas es igual o mayor a cuatro (4) años en el 2016. Esto indica que en el nuevo escenario todas estas modalidades delictivas cumplen con el

segundo requisito para la procedencia de la detención preventiva en establecimiento carcelario, mientras que en el anterior, en el 2000, esta medida cautelar no procedía para ninguno de los casos de la lista mencionada³⁷.

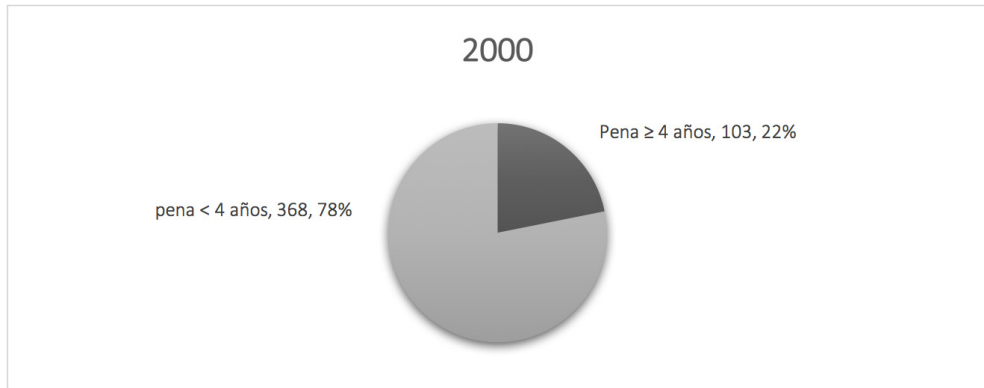
302. De las cuatrocientas setenta y un (471) modalidades delictivas identificadas en el Código Penal en el año 2000, solo ciento tres (103) de estas contemplaban una pena mínima mayor o igual a cuatro (4) años, lo que significa que sólo el veintiún coma ocho por ciento (21,8%) cumplía con el requisito procesal para la procedencia de la detención preventiva. La situación, por su parte, en el 2016 es que de las seiscientos treinta y un (631) modalidades delictivas identificadas en esta oportunidad, trescientos noventa (390) tienen establecida una pena mínima mayor o igual a cuatro (4) años, es decir un sesenta y uno coma ocho por ciento (61,8%).

Del mismo modo, si se revisa el porcentaje de aumento en el mínimo de la pena, del conjunto de trescientos noventa (390) modalidades delictivas que cumplen el requisito para la detención preventiva en la actualidad, ciento cincuenta y una (151) de estas registran un porcentaje de aumento punitivo igual a treinta y tres por ciento (33%), lo que quiere indicar que, para el segundo semestre de 2016, de las modalidades identificadas que tienen una pena mínima mayor o igual a 4 años, el treinta y ocho coma setenta y un por ciento (38,71%) conserva el aumento punitivo establecido en el 2004, que ordenaba incrementar las penas mínimas en una tercera parte. El sesenta y un coma veintinueve por ciento (61,29%) restante registra incrementos mayores a este valor, siendo el ochocientos por ciento (800%) el tope máximo identificado.

Gráfico Número 12. Composición del catálogo de conductas punibles según pena mínima establecida



³⁷ El primer requisito para la procedencia de la detención preventiva en la Ley 600 de 2000, artículo 357, es que el “delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años”. Este requisito de tiempo no varió con el paso al sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, mientras que todas las penas mínimas del código penal sí aumentaron en una tercera parte.



Fuente: elaboración propia

303. De otra parte, si se revisa la procedencia de la detención preventiva en la actualidad en cada uno de los títulos de la parte especial del Código Penal, existen protecciones penales que cubren casi en su totalidad el catálogo de delitos con detención preventiva. Por ejemplo, en la protección de las personas y bienes protegidos por el DIH (II), el porcentaje de procedencia de la medida de aseguramiento es de noventa y siete punto sesenta y dos por ciento (97.62%), lo que indica que sólo una (1) de las cuarenta y dos (42) modalidades que se registran en este caso tiene una pena mínima menor de cuatro (4) años (ver tabla número 41). De la misma manera, la protección de la información y de los datos (VIII-bis), establecida con posterioridad al 2004, solo contempla una pena menor de cuatro (4) años en un catálogo de diecinueve (19) modalidades delictivas, lo que indica un porcentaje de noventa y cuatro punto setenta y cuatro por ciento (94.74%) de procedencia de la medida de aseguramiento.

Tabla número 41. Procedencia de la detención preventiva discriminada por títulos del Código Penal, 2016

Título	Menor a 4 años	Mayor o igual a 4 años		Total modalidades	% de procedencia de la detención preventiva
		(incremento...)			
		Igual a 33%	Mayor a 33%		
I	35	10	24	69	49,28
II	1	28	13	42	97,62
III	26	14	14	54	51,85
IV	4	1	30	35	88,57
V	4	0	0	4	0,00
VI	11	0	2	13	15,38
VII	27	3	18	48	43,75
VII-A	2	0	0	2	0,00

VII-BIS	1	18	0	19	94,74
VIII	2	0	2	4	50,00
IX	14	10	4	28	50,00
X	28	9	32	69	59,42
XI	4	1	15	20	80,00
XI-A	2	0	0	2	0,00
XII	21	20	15	56	62,50
XIII	6	21	17	44	86,36
XIV	3	6	10	19	84,21
XV	28	14	9	51	45,10
XVI	12	4	15	31	61,29
XVII	4	8	1	13	69,23
XVIII	6	2	0	8	25,00

Fuente: elaboración propia

Si se consideran los datos presentados en la tabla anterior, es posible sostener que en la cultura punitiva del país se ha instalado en el sentido común una impresión, según la cual una sanción penal que no contemple una pena mínima menor o igual a cuatro (4) años de prisión, no es una sanción efectiva –desde el punto de vista de la seguridad ciudadana– y justa –desde una perspectiva predominantemente retributiva de la pena–, porque no permite que a los procesados les sea impuesta la medida de aseguramiento privativa de la libertad, en especial su variante ejecutada en los establecimientos carcelarios.

304. Esto no implica, sin embargo, que se haya llegado a algún tipo de acuerdo social en cuanto a índice cuantitativo de sensibilidad punitiva, que hace que los cuatro (4) años en la pena mínima resulte el número que, por buenas razones, sea el adecuado para la configuración de la reacción penal estatal. Se trata, más bien, de la conexión de esta pena mínima con el requisito para la detención preventiva, que por fuera del ámbito técnico-jurídico se transforma en la idea de lo “excarcelable”. Esta idea en muchas ocasiones, se convierte en el criterio disponible para que la ciudadanía valore la justicia y la corrección de las decisiones judiciales, especialmente las que tienen que ver con el hecho de que personas procesadas por la justicia penal deban o no defenderse en libertad de las imputaciones o acusaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación³⁸.

³⁸ Aunque no hay datos disponibles, si se sigue la lógica que se desprende de la idea expuesta y se plantea la pregunta sobre qué pasaría si, en lugar de cuatro (4) años, el requisito de la detención preventiva fuera de 5 o 6 años en la pena mínima establecida, se podría llegar a pensar que los porcentajes de las

Con todo lo anterior, los aumentos punitivos relacionados con las penas mínimas, además de registrar porcentajes con valores altos, ha cambiado en tan solo 15 años la composición del conjunto de conductas punibles dentro de las cuales procede la medida cautelar de detención preventiva; mientras que en el 2000 ésta procedía aproximadamente para el 22% de las modalidades previstas, en el 2016, la figura procede para el 61.8%. Dicho de otro modo, los aumentos punitivos han generado una transición en el sistema penal colombiano que inicialmente permitía la procedencia de la detención preventiva para menos de un tercio del catálogo de conductas punibles, para permitirla en más de la mitad de las modalidades delictivas. Esta situación trae como consecuencia una línea de endurecimiento punitivo, en la medida en que las penas mínimas menores de cuatro (4) años empiezan a percibirse como superfluas, por no decir inútiles.

Esto, sin duda alguna, lleva a cuestionar el lugar que tiene el principio de libertad en la configuración concreta del sistema penal en sus múltiples niveles³⁹.

5.3. LOS AGRAVANTES EN LOS DELITOS DE DROGAS: PENAS MÍNIMAS MÁS ALTAS QUE LAS PENAS MÁXIMAS ESTABLECIDAS

305. Otra situación que es importante destacar se relaciona con la fórmula de incremento punitivo para las situaciones de agravación de los delitos establecidos en el capítulo 2 del título XIII. El caso ya fue examinado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1080 de 2002⁴⁰ y C-044 de 2003⁴¹ y la cuestión se puede resumir así: el artículo 384 del Código Penal establece un agravante común para las conductas punibles establecidas en el capítulo 2 del título de delitos contra la salud pública; el agravante solamente aumenta el mínimo de las penas, de tal suerte que la agravación funciona como un mecanismo de cierre del ámbito de fijación de la pena, respetando el techo máximo establecido para todos los delitos: “El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos (...)”.

En el proyecto de código que presentó la Fiscalía General de la Nación (1998) la fijación de las penas de las conductas punibles y el aumento del agravante estaban pensadas sistemáticamente, de tal manera que en ninguna situación de agravación la pena mínima superara el valor de la pena máxima. Sin embargo, en el debate del

penas mínimas menores y mayores o iguales, tendrían manifestaciones similares en la composición de la parte especial del código penal.

³⁹ La libertad, como norma rectora, está consagrada en el artículo 2 de la Ley 906 de 2004, en el artículo 3 de la Ley 600 de 2000.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1080-02.htm>.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2003. MP. Eduardo Montealegre. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-044-03.htm>.

proyecto que finalmente convirtió en la Ley 599 de 2000, el legislador consideró que algunas penas eran muy bajas y aumentó el mínimo para el caso de algunas conductas punibles, sin tener en cuenta la disposición contenida en el artículo de agravación.

El resultado de ello es que, desde la vigencia del Código Penal, hay algunos delitos que tienen una pena única o una pena en la que el mínimo supera al máximo, lo cual es una problemática violación al principio de culpabilidad al momento de la determinación judicial de la pena.

Tabla número 42. Penas de las modalidades agravadas en los delitos relacionados con el tráfico de drogas, 2016

Art	Tipo	Mín	Máx	Agravación específica		Agravación común, 384	
				Mín	Máx	Mín	Máx
375	Conservación o financiación de plantaciones, inc. 1.	8	18	NA		16	18
	Conservación o financiación de plantaciones, inc. 2	5,3	9			10,6	9
376	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, inc. 1	10,6	30			21,6	30
	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, inc. 2	5,3	9			10,6	9
	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, inc. 3	8	18			16	18
377	Destinación ilícita de muebles o inmuebles	8	18			16	18
377-A	Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles	6	12			15	30
				20	45	12	12
378	Estímulo al uso ilícito	4	12	NA		8	12
379	Suministro o formulación ilegal	4	12			8	12
380	Suministro o formulación ilegal a deportistas	1,3	4,5			2,6	4,5
381	Suministro a menor	8	18			16	18
382	Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos	8	15			16	15
383	Porte de sustancias	1,3	3			2,6	3

Fuente: elaboración propia

Las modificaciones hechas por el legislador en las penas mínimas de algunos delitos, sin tener en cuenta la fórmula del agravante, generó una situación que sin duda afecta la seguridad y la certeza necesarias en la legislación penal. La Corte Constitucional así lo reconoció y exhortó al Congreso de la República para que solucionara la incoherencia, lo cual hasta ahora no ha sucedido.

UMBRAL 2

PROPORCIONALIDAD Y PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Colombia ha optado por un modelo de sanciones penales en el que, de conformidad con las decisiones jurisprudenciales, las normas rectoras expedidas y las tesis doctrinarias principales, se privilegia la función resocializadora de la pena, con proscripción de las sanciones corporales, la pena de muerte, las penas irredimibles y las penas crueles, inhumanas o degradantes.

Este sistema punitivo tiene como consecuencia que (i) además de prohibir constitucionalmente ciertas formas de reacción social contra el delito¹, (ii) fija un límite máximo a la pena privativa de la libertad, y a las penas en general²; (iii) fundamenta la ejecución de la pena privativa de la libertad en el tratamiento penitenciario progresivo³; (iv) valora positivamente las muestras de resocialización del condenado⁴, y (v) establece un sistema de recompensas para quien avance en el modelo de tratamiento⁵.

No obstante, después de definido en el sistema punitivo se ha venido introduciendo incoherencias a través de sucesivas reformas del ordenamiento jurídico que no tienen en cuenta los principios generales del modelo. Así, se puede destacar que en varias ocasiones la Corte Constitucional ha declarado un estado de cosas inconstitucional en las prisiones debido a la violación sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos, que atenta contra la dignidad humana y derechos personalísimos que no deben ser afectados por la pena privativa de la libertad –entre ellos, el derecho a la salud–, a pesar de lo cual se sigue utilizando la pena de prisión como la principal sanción a las conductas punibles sin que, correlativamente, se actúe con eficiencia en el mejoramiento del sistema penitenciario, todo ello en abierta contradicción con el mandato constitucional que prohíbe las penas inhumanas y degradantes.

Por otro lado, el legislador nacional no solamente ha aumentado los límites generales de la pena privativa de la libertad –que hoy en día se permite hasta por sesenta (60) años en el caso de concurso de delitos– sino que ha fijado penas en la parte especial del código que superan tal umbral.

¹ Artículos 11, 12, 17 y 28 de la Constitución Política.

² Artículos 37, 39, 40, 45, 47, 48, 49 y 51 del Código Penal.

³ Artículos 10, 12 y 142 y siguientes de la Ley 65 de 1993.

⁴ Artículos 55.5, 55.6, 55.7, 129, 167, 171, 401, entre otros, del Código Penal.

⁵ Artículos 38 B, 38 G y 64 del Código Penal y 147 y siguientes de la Ley 65 de 1993.

De la misma manera, se han venido incrementando las restricciones a los beneficios judiciales o administrativos del condenado, frente a conductas que se consideran de especial gravedad, y no se ha actuado legislativamente para adecuar las condiciones del sistema penitenciario a las necesidades del tratamiento resocializador. En este caso, además, se parte de una base equivocada al considerar que exigir el cumplimiento total de la condena garantiza una mayor seguridad a la ciudadanía, cuando en realidad los regímenes de libertad anticipada –libertad condicional y beneficios judiciales– brindan una mayor garantía, al mantener al condenado bajo vigilancia mientras logra su proceso de reinserción social.

Estas modificaciones a las bases del sistema de sanciones no encuentran razones explícitas que las justifiquen. De hecho, lo que habitualmente sucede es que en el debate legislativo se hace énfasis en los propósitos de una reforma determinada, pero no se confrontan las disposiciones que se discuten, con los principios que orientan del modelo de penas en Colombia, de forma que en muchas ocasiones las modificaciones a las circunstancias del delito, o la introducción de agravantes a la conducta básica, terminan afectando los límites punitivos más allá de los topes establecidos de manera general por la ley penal.

La anterior situación pone de presente que es necesario establecer reglas mínimas para que el Congreso de la República asuma la discusión de las reformas penales, no con el ánimo de coartar la libertad de configuración de legislador en esta materia, sino para evitar las divergencias entre distintas leyes penales. En este sentido, podría proponerse la elaboración de un catálogo de principios frente a los cuales el legislador tenga que realizar una confrontación de las propuestas legislativas, para determinar si ellas se adecuan a tales principios.

Al revisar las reformas penales que se han introducido en los últimos quince (15) años, encontramos que el legislador nacional ha intervenido prolíficamente mediante la modificación de los tipos penales, la introducción de agravantes a las conductas descritas originalmente en la Ley 599 de 2000, o la creación de nuevas formas de comportamientos delictivos, con propósitos disímiles pero que, en la mayoría de los casos, incluyen la necesidad de adecuar la legislación a la realidad criminal del país. Sin embargo, una actuación de esta laya parece no tener efecto alguno en la criminalización secundaria, esto es la que corresponde al aparato de justicia penal, porque a pesar de que las intervenciones se traducen en penas altas privativas de la libertad que deberían llevar a la cárcel a los responsables de estas conductas, en el sistema penitenciario se siguen concentrando las personas privadas de la libertad en veintiún (21) delitos, considerados en términos amplios.

Se observa, además, que el legislador colombiano ha regresado a una senda que se había superado respecto de la situación que era frecuente en vigencia de la anterior Constitución, al crear tipos penales sin hacer la reforma correspondiente al Código Penal. En este sentido, son dos los métodos particulares para ello:

la expedición de decretos del ejecutivo en estados de excepción, y la creación de tipos penales sin la referencia a la reforma al Código. En el primer caso, es necesario reconocer, sin embargo, que los tipos penales creados bajo estados de excepción se han incorporado posteriormente al ordenamiento jurídico a través de leyes ordinarias; en el segundo, sin embargo, se han creado las tipificaciones sin referencia alguna al código, de forma que su conocimiento se logra solamente para los expertos –contradiendo el principio de publicidad y la presunción de conocimiento de la ley por todos los habitantes del territorio– y se incorpora a los códigos simplemente por la decisión de quien lo publique.

El énfasis que se pone en el bien jurídico a lo largo de este trabajo como referente importante en materia de determinación de la proporcionalidad de las penas, no es gratuito. Como ya se había advertido, en múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha dicho que el principio de proporcionalidad debe definirse a partir de la comparación que se haga entre la conducta criminalizada y el bien jurídico protegido o el grado de lesión o de peligro que dicha conducta represente para él. Adicionalmente, es obligatorio reiterar que con la expedición de la Ley 599 de 2000 se optó por una similar medida de la proporcionalidad, como quiera que el Código Penal se estructuró mediante la ordenación jerárquica de los bienes jurídicos, poniendo en la cúspide el derecho a la vida, seguido de bienes jurídicos que afectan derechos personalísimos, para dejar en último término los bienes jurídicos colectivos y los referentes a la supervivencia misma del Estado.

Esto quiere decir, en consecuencia, que el bien jurídico resulta importante para la determinación de la pena proporcional, y aun cuando no es el único referente que hay que tener en cuenta, sí es necesario que el legislador respete esa jerarquía para conservar la racionalidad del sistema penal. Ello no obsta para que se establezcan penas altas para delitos que afectan intereses colectivos, ni significa que todas las penas para estas conductas deban ser notoriamente inferiores que las que corresponden a los delitos de los primeros Títulos del Código Penal. La racionalidad del sistema podría protegerse mediante la asignación de escalas de gravedad a cada grupo de comportamientos, a condición de que ninguna sanción pueda ser más elevada que la que el legislador asigne a las violaciones más graves del derecho a la vida, que desde la fórmula constitucional tiene una protección prevalente⁶.

Los incrementos punitivos no responden a criterios definidos por el legislador, ni son coherentes los criterios que utiliza en distintas oportunidades, dado que –al parecer irreflexivamente– se van incrementando porcentajes de sanción de

⁶ En este sentido, puede observarse que la Constitución Política, en el artículo 11, para proteger el derecho a la vida utiliza una fórmula gramatical diferente a la que emplea en materia de otros bienes jurídicos. Allí se consigna tajantemente: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”, al paso que otros derechos son establecidos con fórmulas tales como “Todas las personas tienen derecho a...”.

forma indiscriminada, en varias proporciones y sin fijar límites en razón de la naturaleza del delito, la modalidad delictiva, el daño causado, o la incidencia de la criminalidad en la realidad social representada en las estadísticas de criminalidad o encarcelamiento.

Es evidente que con esta forma de hacer los incrementos punitivos no se tiene en cuenta el sistema penitenciario que, debido entre otros factores al endurecimiento punitivo, no logra superar las crisis de hacinamiento y violación de derechos humanos por las que atraviesa desde hace varios años. La sobrepoblación carcelaria, en efecto, tiene como una de sus causas el elevado número de presos sin condena, fenómeno que tiende a incrementarse, si se tiene en cuenta que en la actualidad el 61,8% de las conductas delictivas pueden acarrear prisión preventiva, en comparación con el 21,8% de ellas que permitían la medida cautelar en el año 2000.

En estas condiciones, es posible sostener que la sociedad colombiana aplica un equivocado criterio sobre la seguridad ciudadana, en la medida en la que afianza su seguridad en la anticipación de las medidas preventivas, haciendo de ellas una forma más de pena. Lo importante parece ser la reacción inmediata con la detención preventiva, independientemente de la suerte que posteriormente corra el proceso y la decisión judicial definitiva, es decir, manifestando su confianza en la Fiscalía General de la Nación como órgano que administra justicia –cuando en realidad es un órgano de mera investigación y acusación– y con desprecio a la función que –ellos sí administrando justicia– ejercen los jueces.

6. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE ALTO IMPACTO PENITENCIARIO

306. Luego de presentar los resultados en materia de reformas penales desde el punto de vista legislativo, a continuación se ofrece un contraste a partir de un análisis de la realidad penitenciaria actual en Colombia. Este ejercicio tiene el propósito de señalar cómo las reformas al catálogo de delitos configuran dos resultados diferentes desde el punto de vista de la configuración de la población penitenciaria en el país, y, también con ello, de la configuración de la selectividad del sistema penal.

Las reformas penales que se han analizado muestran, entonces, que determinadas manifestaciones del endurecimiento punitivo en el país se relacionan con decisiones político-criminales que utilizan el derecho penal como una herramienta expresiva y simbólica, como es el caso de los aumentos punitivos que superan el límite de los 50 años en el valor máximo de la pena de prisión, así como los aumentos punitivos en los valores mínimos de las penas con el objetivo principal –y en ocasiones, único– de fijarlo en 4 años, con el fin de que proceda la detención preventiva en estos casos⁷.

Pero, además, si se considera la composición de la población privada de la libertad en los establecimientos penitenciarios en relación con las modalidades delictivas involucradas, las reformas penales recientes, no solamente han endurecido las condiciones de ejecución de la prisión, sino también ampliado la duración de las condenas efectivas de quienes cumplen su sanción privados de la libertad.

Esto, de entrada, sería la consecuencia más obvia de un panorama en el que las penas del Código Penal aumentan de manera constante. Sin embargo, la situación cobra mayor relevancia cuando se considera la posición privilegiada de la prisión como sanción penal, así como la diferencia que existe entre el catálogo “abstracto”

⁷ Algunos ejemplos mencionados en la sección 2 de esta parte, en los que la motivación directa del incremento punitivo es la procedencia de la detención preventiva, son los siguientes: reforma al hurto calificado (art. 240 CP), realizada por la Ley 813 de 2003; al porte y tráfico de armas (art. 365 CP), realizada por la Ley 1142 de 2007; a varios delitos relacionado con drogas (XII), realizada por la Ley 1220 de 2008; a los delitos contra los mecanismos de participación democrática (XIV), realizada por la Ley 1142 de 2007; a la receptación (art. 447), realizada por la Ley 1142 de 2007; a la utilización ilícita de redes de comunicaciones (art. 197), realizada por la Ley 1453 de 2011; y, finalmente, la modificación realizada al abuso de la función pública (art. 428), realizada por la Ley 1453 de 2011.

de conductas punibles en el Código Penal y el catálogo de las mismas por las cuales los ciudadanos en Colombia son condenados y privados de la libertad en los establecimientos penitenciarios.

307. En primer lugar, es preciso considerar que el derecho penal colombiano, en materia de penas principales, ofrece tres formas de sanción: (1) solamente prisión; (2) prisión y multa; y (3) solamente multa. En el presente trabajo se estableció que el catálogo de delitos se compone de 631 modalidades aproximadamente. De estas, 192 establecen como sanción solamente la pena de prisión, 33 solamente multas y 403, tanto prisión como multa; dicho de otro modo, el 94.3% del catálogo delictivo establece como sanción la prisión y tan solo el 5.7% establece una sanción diferente, que solamente puede ser la multa. Con esto es claro e indiscutible el uso de la prisión en la ejecución punitiva del país.

En segundo lugar, hay una situación en el sistema penitenciario colombiano que, en materia de selectividad, muestra un uso muy reducido del catálogo de modalidades delictivas. Las 595 modalidades sancionadas de la forma 1 o 2 de las mencionadas están distribuidas, aproximadamente, en 356 artículos del Código Penal⁸. Debido a que la información utilizada en el análisis que viene a continuación son datos del SISIPPEC Web, el sistema de información penitenciaria del INPEC, que no registran un nivel detallado de la modalidad, es necesario buscar un criterio que permita comparar los resultados del análisis de la legislación penal con los datos disponibles sobre la población privada de la libertad.

El criterio propuesto en esta oportunidad se basa en que los 356 artículos mencionados se pueden tomar como las 356 modalidades comparables. Esto, principalmente porque los registros de la información penitenciaria no permiten saber, para todo el conjunto, si el caso tiene agravantes o está sancionado con la pena más alta o más baja de las hipótesis consideradas en el tipo penal, sino solamente registra una modalidad genérica; además, porque estas modalidades comparables se componen principalmente de artículos con tipos básicos y autónomos, excluyendo de este modo las modalidades circunstanciadas y privilegiadas (agravantes y atenuantes). Por ejemplo, los casos de homicidio, solamente aparece el registro HOMICIDIO, con lo que no pudo diferenciarse si se trataba de uno culposo, simple, agravado, o culposo agravado; de la misma manera, la modalidad genérica TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, no permite saber por cuál de las tres hipótesis se ha condenado, o si se trata de cualquiera de las tres anteriores, pero agravadas.

⁸ Es importante recordar el sistema de numeración de los artículos ha tenido alteraciones en el caso de adiciones, que insertan nuevos artículos con las partículas “-A”, o “-1”.

Regresando al asunto, de estas 356 modalidades comparables, 230 registran personas condenadas y privadas de la libertad. Por ejemplo, en el caso 53944 ciudadanos condenados por un solo delito, el 97% lo está por 21 modalidades, mientras que el 3% restante lo está por 109 modalidades. Esto indica, como se mostrará a continuación, que hay un número muy reducido de modalidades delictivas por las cuales las personas son condenadas y privadas de la libertad en el país, y que los aumentos punitivos, en estos reducidos casos, sin consideraciones a la proporcionalidad, aumentan los costos sociales y económicos de la ejecución de la prisión como sanción penal.

6.1. POBLACIÓN CONDENADA Y PRIVADA DE LA LIBERTAD POR UN SOLO DELITO

308. El análisis propuesto está dividido en dos partes. En la presente sección se presentan los resultados en relación con la población condenada y privada de la libertad que lo ha sido por un solo delito, y en la siguiente la población que ha sido condenada por un número plural de los mismos. Como se había indicado, la información se obtuvo de la base de dato SISPEC Web que muestra la población privada de la libertad en los establecimientos penitenciarios a cargo del Instituto Nacional Penitenciario, INPEC, con corte a abril de 2016.

309. De la información disponible se seleccionó una muestra de datos de la población privada de la libertad que permitiera tener una aproximación, una especie de fotografía, de la realidad de la ejecución de la pena de prisión en los establecimientos. De este modo, a partir de una información extraída del SISPEC, se conformó un conjunto de datos con dos condiciones generales: ciudadanos condenados por solamente un (1) delito, que están reclusos en los establecimientos penitenciarios del orden nacional (ERON).

La muestra, por lo tanto, excluye del análisis los registros de los ciudadanos que están condenados por varios delitos (concurso de conductas), debido a que su registro aparecería el número plural de veces, dependiendo del número de delitos que configuran el concurso. También excluye a los ciudadanos que no están condenados, pero están reclusos en los establecimientos en virtud de una medida de detención preventiva, dado que no resultan necesarios en esta ocasión en la que interesa analizar la duración de las condenas en los delitos de mayor ocurrencia. Finalmente, también se excluyen los registros de los ciudadanos condenados, pero que están cumpliendo su pena en sus domicilios, o esta les ha sido suspendida.

Tabla número 43. Composición de la población privada de la libertad o controlada por mecanismos electrónicos, con corte a abril de 2016

	CONDENADOS	SINDICADOS
Control electrónico	536	119
Detención domiciliaria	1414	16843
Espera traslado	113	154
Intramuros	53944	24626
Prisión domiciliaria	18692	41
Vigilancia electrónica	2272	898

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

310. Con las condiciones señaladas, al momento de corte, se encontraban 53944 (dato de condenados en intramuros según la tabla número 44) ciudadanos distribuidos en 130 modalidades delictivas. De este conjunto, 52375 ciudadanos están condenados por 21 modalidades delictivas, lo que quiere decir que el 97, 407% de la muestra se distribuye en 21 modalidades, mientras que el 2,594% restante –1569 ciudadanos– se distribuye en 109 modalidades delictivas.

La composición, de acuerdo con la modalidad delictiva, ordenada de mayor a menor, es la siguiente:

Tabla número 44. Distribución de la población condenada y privada de la libertad según modalidad delictiva

MODALIDAD DELICTIVA	REGISTROS
Tráfico de estupefacientes	14021
Hurto	9908
Homicidio	8208
Tráfico de armas	5815
Actos sexuales con menor de 14 años	2953
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	2076
Concierto para delinquir	1796
Extorsión	1653
Acceso carnal violento	1293
Tráfico de armas de uso privativo	955
Violencia intrafamiliar	941
Secuestro extorsivo	784
Rebelión	348
Receptación	330
Inasistencia alimentaria	275

Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir	256
Secuestro simple	222
Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos	165
Lesiones personales	152
Fuga de presos	133
Acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir	91
Otras modalidades (109)	1569
Total registros	53944

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

311. La información recogida permite además plantear, desde un punto de vista estático –sin considerar el flujo de entradas–, la fecha de salida de los condenados, de acuerdo con la duración concreta de las penas. En la tabla que viene a continuación se muestra el número de salidas, de acuerdo con el año y la modalidad delictiva.

Tabla número 45. Distribución de la población condenada y privada de la libertad según modalidad delictiva y año de salida

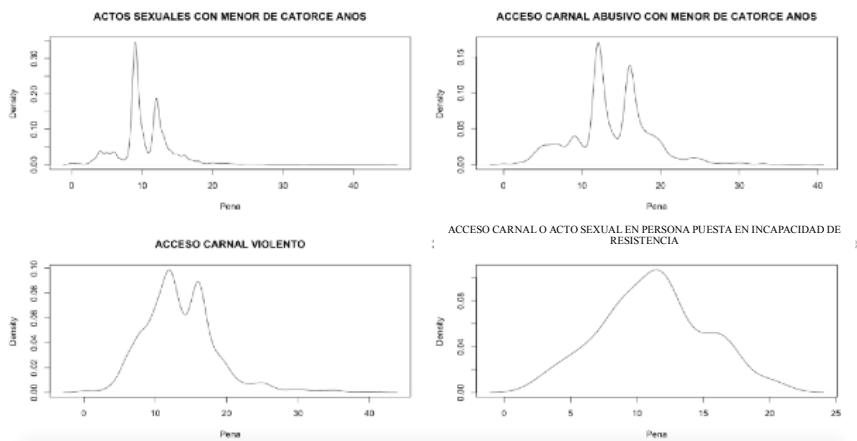
Modalidad	<2016	2016	2020	2030	2040	2050	>2050	Total
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	688	769	8639	3574	343	6	2	14021
Hurto	889	1582	5120	2275	34	4	4	9908
Homicidio	45	30	546	3783	2492	987	325	8208
Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones	99	56	2218	3353	80	5	4	5815
Actos sexuales con menor de 14 años	15	29	654	2164	88	2	1	2953
Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	13	9	254	1334	446	18	2	2076
Concierto para delinquir	91	83	1267	327	17	8	3	1796
Extorsión	60	213	736	555	83	4	2	1653
Acceso carnal violento	9	2	152	888	215	24	3	1293
Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego o municiones y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	11	9	347	555	31	2	0	955

Violencia intrafamiliar	63	105	691	81	1	0	0	941
Secuestro extorsivo	1	1	13	125	251	272	121	784
Rebelión	7	6	194	132	1	5	3	348
Receptación	10	13	274	33	0	0	0	330
Inasistencia alimentaria	12	48	215	0	0	0	0	275
Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir	3	2	68	173	10	0	0	256
Secuestro simple	0	0	31	109	72	7	3	222
Tráfico de sustancias para el proceso de narcóticos	5	5	98	56	1	0	0	165
Lesiones personales	21	15	85	26	4	0	1	152
Fuga de presos	58	17	55	2	1	0	0	133
Acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir	0	1	15	68	7	0	0	91
Total	2100	2995	21672	19613	4177	1344	474	52375

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

De acuerdo con la tabla anterior, el 50% de los ciudadanos condenados tienen una fecha de salida menor o igual al 2020 y para el año 2024 el 75% de estos tendrían que salir por haberse agotado el tiempo de su condena. El homicidio y el secuestro extorsivo registran el mayor número de salidas después del año 2050, mientras que el hurto, el tráfico de armas y el tráfico de estupefacientes registran el mayor número de salidas antes del 2020; son, además, 3 de las 5 modalidades que mayor población privada de la libertad tiene en el momento del análisis.

312. Para mayor detalle en relación con la duración de las condenas, a continuación se presenta la distribución de la densidad de las mismas para el caso de 12 modalidades seleccionadas.

Gráfico número 13. Función de densidad de condenas según modalidades, 1.

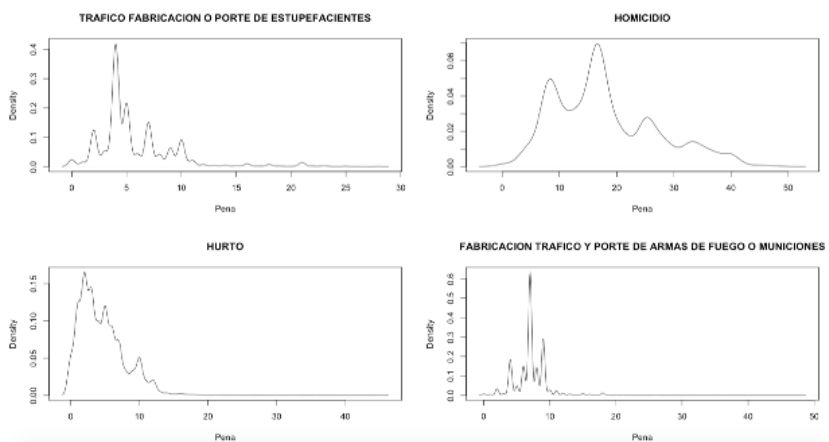
Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

El gráfico número 13 muestra la distribución de la densidad de las condenas en los 4 delitos sexuales que registran mayor número de población condenada y privada de la libertad. En este caso se puede ver que la mayoría de personas duran, en promedio, 10 años en los establecimientos penitenciarios. Es importante notar sin embargo que, en el caso del acceso carnal abusivo con menor de 14 años, hay una concentración alta de personas condenadas cuya duración de la pena es de 20 años. Así mismo, el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir muestra una gran dispersión, con penas que tienen una duración entre 1 y 20 años. El estado de la legislación en estas modalidades delictivas es la siguiente:

Tabla número 46. Estado de la legislación penal en las modalidades analizadas, 1

Delito	Art. CP	2000		2016		% de aumento	
		MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	%MÍN	%MÁX
Acceso carnal violento	205	8	15	12	20	50	33
Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir	207	8	15	12	20	50	33
Acceso carnal abusivo con menor de catorce años	208	4	8	12	20	200	150
Actos sexuales con menor de catorce años	209	3	5	9	13	200	160

Fuente: elaboración propia

Gráfico número 14. Función de densidad de condenas según modalidades, 2

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

El segundo grupo se compone con las cuatro primeras modalidades delictivas con mayor participación en la población condenada y privada de la libertad. De acuerdo con la información analizada, el tráfico de estupefacientes tiene un gran número de condenados con una pena menor o igual a 5 años; el homicidio tiene las penas más largas y la mayor dispersión, tiene gran número de condenados con penas desde 1 hasta 30 años, lo cual es explicable si se considera que los registros disponibles no diferencian si se trata de homicidios simples, culposos y agravados. De otra parte, el tráfico de armas de fuego tiene en la mayoría condenas inferiores a 10 años y mayores a 5 años, mientras que el hurto tiene condenas mucho más cortas en comparación con las otras tres modalidades, dado que más de la mitad de la población tiene penas de 5 años o menos.

Tabla número 47. Estado de la legislación penal en las modalidades analizadas, 2

Delito	CP.		2000		2016		% de aumento	
	Art.	Inc.	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	%MÍN	%MÁX
Homicidio (simple)	103	1	13	25	17,33	37,50	33	50
Hurto (simple)	239	1	2	6	2,67	9	33	50
		2	1	2	1,33	3	33	50
Hurto calificado	240	1	3	8	6	14	100	75
		2	4	10	8	16	100	60
		4	No existe		7	15	NA	
		5	No existe		5	12	NA	

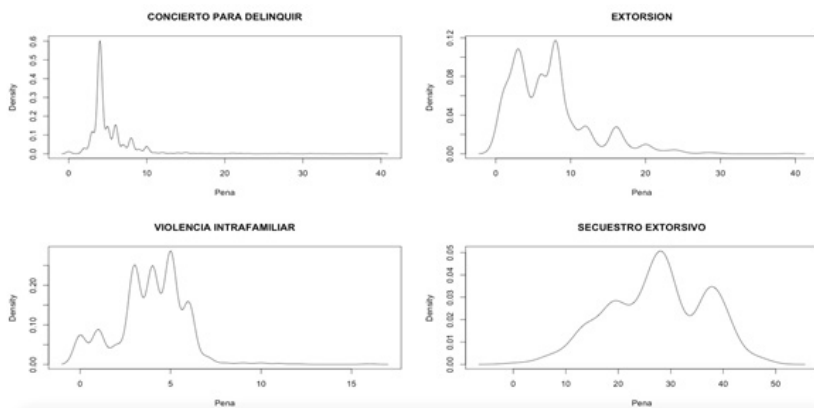
Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones	365	1	1	4	9	12	800	200
		3	2	8	18	24	800	200
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	376	1	8	20	10,67	30	33	50
		2	4	6	5,33	9	33	50
		3	6	8	8	12	33	50

Fuente: elaboración propia

Si se tiene en cuenta las penas de prisión establecidas en la legislación penal, en estos casos, a excepción del homicidio, se puede inferir que a los ciudadanos condenados y privados de la libertad por un solo delito les son impuestas penas de prisión que se mueven dentro de los dos primeros cuartos en los que el operador judicial debe dividir el ámbito de movilidad de acuerdo con las reglas vigentes para la determinación de las sanciones penales. Así, es importante destacar que el tráfico de estupefacientes, que legalmente contempla una pena mínima 5.33 años y una máxima de 30, la densidad de las condenas decae sustancialmente después de los 10 años de duración.

El caso del tráfico de armas también resulta interesante porque es uno de los delitos con mayor porcentaje de aumento en sus penas desde el 2000 (800% en el mínimo y 200% en el máximo). Mientras que el homicidio simple, el hurto simple y el tráfico de estupefacientes registran solo el aumento de 2004 (33% en el mínimo y 50% en el máximo), el tráfico de armas tiene, al mismo tiempo, penas muy altas y condenas generalmente fijadas en los dos primeros cuartos del ámbito de movilidad. Aunque esto requeriría un mayor análisis, con la información disponible se puede sostener que en los casos de condena por ese solo delito ha aumentado superlativamente los costos económicos de la sanción, porque, si en el 2016, la duración promedio de una condena por este solo delito es de 8-9 años, con un margen de movilidad punitiva de 8 a 18 años, la duración promedio de una condena en el 2000 en las mismas condiciones oscilaría entre 2 y 3 años, con un margen de movilidad punitiva de 1 a 8 años.

Gráfico número 15. Función de densidad de condenas según modalidades, 3



Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

Por último, el tercer grupo analizado está compuesto por el concierto para delinquir, la extorsión, la violencia intrafamiliar y el secuestro extorsivo. Las tres primeras modalidades mencionadas tienen la mayoría de su población con condenas menores a 10 años. La violencia intrafamiliar en particular está entre 3 y 6 años, y el concierto para delinquir se concentra en 5 años. El secuestro extorsivo tiene una gran variación en sus condenas y va desde 10 hasta 40 años.

Tabla número 48. Estado de la legislación penal en las modalidades analizadas, 3

Delito	CP.		2000		2016		% de aumento	
	Art.	Inc.	MÍN	MÁX	MÍN	MÁX	%MÍN	%MÁX
Secuestro extorsivo	169	1	18	28	26,67	42	48	50
Violencia intrafamiliar	229	1	1	3	4	8	300	167
		2	1,5	5,25	6	14	300	167
Extorsión	244	1	8	15	16	24	100	60
Concierto para delinquir	340	1	3	6	4	9	33	50
		2	6	12	8	18	33	50
		3,1	3	9	6	13,5	100	50
		3,2	6	18	8	27	33	50
		4	No existe		6	12	NA	NA

Fuente: elaboración propia

6.2. POBLACIÓN CONDENADA Y PRIVADA DE LA LIBERTAD POR UN NÚMERO PLURAL DE DELITOS

313. La sección anterior mostró algunos datos en relación a las personas condenadas y privadas de la libertad por un solo delito. Para completar el

panorama en esta sección se presentan algunos rasgos de la composición de la población condenada y privada de la libertad por más de un delito.

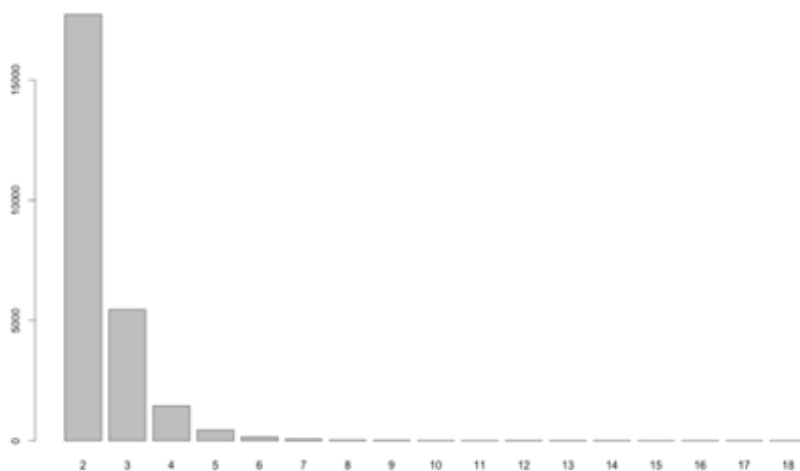
La información consultada muestra 115.994 registros de condenas en intramuros. Si se distribuye este conjunto de acuerdo con la frecuencia del número de delitos que registran el mismo número de interno, se tienen 53944 ciudadanos condenados por un solo delito –los analizados en la sección anterior– y 25362 ciudadanos condenados y privados de la libertad en establecimientos penitenciarios por dos o más delitos. Al sumar los delitos que componen las condenas del anterior grupo de personas, el conjunto se compone de 61998 delitos.

Tabla número 49. Frecuencia del número de delitos que componen los concursos

# delitos que componen el concurso	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Población	53944	17715	5455	1448	452	152	63	27	19
# delitos que componen el concurso	10	11	12	13	14	15	16	17	18
Población	5	3	6	4	5	1	2	3	2

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

Gráfico número 16. Frecuencia del número de delitos que componen los concursos



Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

En la tabla y en el gráfico anterior se muestra la frecuencia del número de delitos que componen el concurso de conductas. Esta frecuencia muestra que la composición de la población condenada y privada de la libertad en establecimientos penitenciarios es descendente, de acuerdo con el número de delitos involucrados en la condena. Así, las condenas por un número plural de delitos con mayor registro están compuestas por dos conductas punibles y a partir de ahí desciende hasta la combinación de 15 delitos, que registra una

persona condenada. Las combinaciones de 16, 17 y 18 delitos, no registra el mismo comportamiento, pero su participación en el conjunto es mínima, de cuatro personas en total.

Tabla número 50. 20 combinaciones más frecuentes en las condenas por concursos

# Concurso			Soporte
1	2	3	
Porte de armas	Homicidio		0,28369214
Porte de armas	Hurto		0,20061509
Homicidio	Hurto		0,12096838
Concierto para delinquir	Homicidio		0,07203691
Concierto para delinquir	Porte de armas		0,06458481
Concierto para delinquir	Tráfico de estupefacientes		0,06446652
Porte de armas	Homicidio	Hurto	0,05977447
Concierto para delinquir	Hurto		0,0354073
Hurto	Secuestro simple		0,034185
Porte de armas	Tráfico de estupefacientes		0,03331756
Concierto para delinquir	Porte de armas	Homicidio	0,03181926
Porte de armas de uso privativo	Homicidio		0,02886208
Homicidio	Lesiones personales		0,0259049
Hurto	Lesiones personales		0,02342087
Concierto para delinquir	Extorsión		0,02322372
Concierto para delinquir	Porte de armas de uso privativo		0,02243514
Hurto	Secuestro extorsivo		0,02192256
Porte de armas	Secuestro extorsivo		0,02144941
Porte de armas	Secuestro simple		0,02093683
Acceso carnal abusivo con menor de 14	Actos sexuales con menor de 14		0,0218768

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

314. En la tabla número 52 se muestran las 20 combinaciones más frecuentes que se pueden extraer de los datos disponibles; 18 de estas se componen de 2 delitos y 2 de las combinaciones se componen de 3 delitos. El parámetro de soporte se refiere a la proporción de internos que fueron condenados por la asociación listada.

Es importante notar que en las principales combinaciones de concurso de conductas punibles, solo una modalidad no está en la lista de los primeros 21 delitos de mayor impacto penitenciario (ver tabla número 45), que es el caso de los actos sexuales con menor de 14 años; todos los demás sí están en la lista.

A propósito del listado de los 21 delitos de mayor impacto penitenciario, en la tabla que viene a continuación se muestra la composición de los concursos

por los cuales están condenados y privados de la libertad los 25362 ciudadanos registrados. En este se puede ver si el concurso estuvo compuesto exclusivamente de este tipo de delitos y, así mismo, el número de delitos por fuera de ese listado que componen el concurso.

Tabla número 51. Combinaciones en las condenas, según la modalidad, se encuentren o no entre las 21 modalidades de impacto penitenciario

		Modalidades delictivas diferentes a las 21 de mayor alto impacto													TOTAL	
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		13
21 Modalidades delictivas de mayor impacto penitenciario	0	0	0	279	100	35	17	5	2	0	0	0	0	0	0	438
	1	0	2880	334	72	33	10	4	2	1	0	0	0	0	0	3336
	2	14556	1388	216	36	10	5	3	2	0	0	1	0	0	0	16217
	3	3633	444	107	14	6	2	1	1	0	0	1	0	0	0	4209
	4	681	142	52	18	3	3	0	1	0	2	1	0	0	0	903
	5	117	40	16	5	9	0	1	1	0	0	1	1	1	1	193
	6	21	9	11	1	2	0	2	0	1	0	0	0	0	0	47
	7	3	0	1	1	1	2	1	1	0	1	2	1	0	0	14
	8	1	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	3
	10	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
	Personas condenadas y privadas de la libertad por concursos de conductas punibles															25362

Fuente: Observatorio de Política Criminal (2016)

Así, la mayor combinación compuesta exclusivamente de modalidades delictivas de mayor impacto penitenciario es de 10, que registra 1 persona condenada. Del mismo modo, se registran 14556 condenados por dos delitos de mayor impacto penitenciario, situación en la que se registra con mayor frecuencia la combinación del porte de armas en concurso con homicidio (ver tabla número 52). De otra parte, la combinación de dos delitos es la que registra un mayor número de condenados compuesta solamente por delitos que no están en la lista de los de mayor impacto penitenciario, con 279 ciudadanos.

UMBRAL 3

PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA Y PROPORCIONALIDAD CONCRETA

En materia de asignación de las sanciones penales el Estado no ha logrado configurar una institucionalidad que permita una actuación oportuna y eficaz. El legislador se preocupa, en esta materia, solamente de fijar las penas en la ley, sin consideración a las condiciones reales del sistema penitenciario. Nunca se ha hecho el ejercicio de determinar qué cantidad de personas privadas de la libertad puede sostener, en condiciones dignas, el Estado colombiano, para actuar legislativamente en consecuencia con estas condiciones y determinar en la ley las reglas que impidan superar la capacidad real del Estado.

Casi la totalidad de los delitos (94.3%) implican para su responsable la pena de prisión. Esta cifra demuestra que la sociedad colombiana considera que solamente esta forma de respuesta penal es adecuada frente a la criminalidad, de forma que no se plantea la posibilidad real de acudir a otros mecanismos más efectivos para resolver la conflictividad social (lo que se ha dado en llamar penas alternativas) y para reparar los daños sufridos con la infracción penal.

De acuerdo con el análisis preliminar que pudo hacerse con los datos que proporciona SISIPEC WEB, se advierte una incoherencia entre el incremento legal de las penas y la aplicación efectiva de las sanciones, porque las personas privadas de la libertad en centros carcelarios habitualmente están purgando penas tasadas entre los primeros dos cuartos del ámbito de movilidad punitiva, de forma que el incremento de la sanción –particularmente en sus límites máximos– parece no tener una mayor incidencia en la individualización de la pena en concreto.

El punitivismo con la prisión está tan insertado en la conciencia de la sociedad colombiana, que por regla general las demandas sociales no piensan en alternativas distintas a la prisión, según se demuestra con el proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley 1774 sobre protección a los animales, iniciativa de un grupo de ciudadanos que consideró necesario elevar a la categoría penal el maltrato contra los animales vertebrados, con el fin de que la protección se hiciera efectiva, para lo cual se previó una pena privativa de la libertad, aun en contra de un amplio rango de normas que apuntan al mismo fin y que, si no habían arrojado los resultados esperados, era por la falta de aplicación de las mismas.

Eliminar la opción de penas distintas a la prisión incrementa los problemas de proporcionalidad, porque nada satisfará a las víctimas más que la prisión, y en consecuencia cualquier infracción a las reglas de convivencia debe traducirse en una pena privativa de la libertad, lo que, a su turno, empuja las sanciones por conductas más graves hacia un punto más alto.

Adicionalmente, el ejercicio del castigo por el castigo mismo genera una enorme dificultad en el sostenimiento del sistema penitenciario en tanto que a medida que crecen las penas, aumenta también el gasto que debe hacer el Estado en la construcción y mantenimiento de los establecimientos penitenciarios, y en el cuidado y atención de las personas privadas de la libertad. Para ello es preciso tener en cuenta, por ejemplo, que si en el año 2000 el promedio de las penas que debían descontarse efectivamente era de cerca de 3 años para el caso de delitos relacionados con estupefacientes por ejemplo, en el año 2016 ese promedio se eleva aproximadamente a 9 años, es decir, que una persona permanecerá tres veces más en la cárcel, con el consiguiente costo que ello genera.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

315. El recorrido que se ha realizado hasta este momento muestra con claridad que en la situación actual de la legislación penal colombiana y su relación con la política criminal existen desajustes e inconsistencias que merecen la atención. En materia de proporcionalidad de las penas, de la mano de las frecuentes reformas legales se ha registrado la alteración de algunas estructuras del Código Penal que inexorablemente desembocan en el examen de las alternativas, calidades y cantidades de sanciones y castigos que el derecho penal establece en las leyes, utiliza en el efectivo control de la criminalidad y, finalmente, aplica en forma de privación de la libertad.

316. En la medida en que el presente estudio es una contribución en el sentido anteriormente indicado, queda ahora por mencionar, a modo de conclusión, una serie de observaciones y parámetros generales.

La primera situación se puede denominar de *irreductibilidad cuantitativa*. Con ello se quiere indicar que, en el examen de las distintas situaciones que tienen que ver con el principio de proporcionalidad de las penas, resulta imposible determinar con precisión cuánta pena corresponde a cada delito y de qué clase. No es posible, en efecto, determinar criterios de validez universal que establezcan los límites absolutos de las penas y cuál debe ser la proporcionalidad en su aplicación que lleve a fijar, para cada delito en particular, una determinada clase y cantidad de sanción. En su lugar, la apuesta político-criminal ha de vincularse con la introducción de argumentos y criterios evaluadores, por medio de los cuales se puedan establecer sistemas de determinación concreta y de fijación abstracta de las penas centrados en la racionalidad de medidas afines a la protección de los derechos y las garantías, así como en la razonabilidad de los actores que intervienen en los procesos de la política criminal (jueces, legisladores, fiscales y ciudadanía).

Como consecuencia de esta irreductibilidad cuantitativa del asunto de la proporcionalidad de las penas es necesario, primero, tener en cuenta que el principio que la gobierna debe entenderse, en el ámbito jurídico, como un *equilibrio* entre el delito y la pena, que no es de carácter aritmético sino valorativo y, por consiguiente, que ha de establecerse a partir de los fundamentos constitucionales del derecho penal y de la forma como la Constitución Política delinee la protección de los bienes jurídicos, teniendo como contrapartida los fines esenciales del Estado; el aseguramiento de las garantías judiciales y la protección de los derechos de todas las personas, no solo respecto del poder estatal, sino también de la injerencia de los demás coasociados.

Esta ponderación corresponde hacerla inicialmente al legislador, quien determinará las penas legales dentro de límites que consulten la realidad social y política, así como la naturaleza humana y las condiciones en las que las personas involucradas en un delito llevan su vida dentro de un entorno político, social y económico determinado, lo que implica que la ley, además, debe establecer criterios de proporcionalidad que deben ser aplicados en concreto por los jueces, con el fin de que la punición de un comportamiento no trascienda a la violación injustificada e ilegítima de los derechos fundamentales.

317. Ahora bien, algunos parámetros que se desprenden de todo el recorrido y que pueden contribuir para un reajuste de la proporcionalidad de las penas son los siguientes:

1. Calidad de las penas. Alternativas: siendo múltiples los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y múltiples las formas de lesión o puesta en peligro de dichos bienes, el principio de proporcionalidad supone la determinación de un amplio espectro de respuestas a las conductas punibles. Esto quiere decir que la pena de prisión, dada su gravedad y la cantidad de derechos que afecta, no puede ser la única ni la principal respuesta a los comportamientos delictivos.

En materia de la calidad de la pena, la prisión debe acompañarse de respuestas punitivas tales como la multa y otras sanciones de contenido económico; los arrestos de fin de semana; la suspensión de la sentencia a prueba; la amonestación; los mecanismos de justicia restaurativa; la publicación de la sentencia; el trabajo en colonias agrícolas o industriales e, incluso, el perdón judicial¹.

2. Calidad de las penas. Jerarquización de los intereses protegidos a través del derecho penal: En razón de la naturaleza de los distintos bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, el legislador debe establecer una relación jerárquica de los mismos, de acuerdo con los principios constitucionales y la necesidad de protección de tales bienes, con el fin de que las violaciones a los valores supremos de la comunidad sean castigados con las penas más drásticas, reservando para los de menor importancia las sanciones que menos afecten los derechos de los infractores y que en mayor medida permitan la restauración del derecho vulnerado.

En este sentido, la categoría más alta debe corresponder a los delitos contra la humanidad o delitos que configuran los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional, en tanto resulta afectado por comportamientos que atentan contra la humanidad en su conjunto (genocidio y crímenes de lesa humanidad), seguida por el derecho a la vida individual y éste por el derecho a la libertad personal y a la seguridad personal.

¹ La autoridad judicial, teniendo a su disposición una variedad de medidas no privativas de libertad, debiera tomar en cuenta en el proceso de resolución, la necesidad de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien debiera ser consultado cuando corresponda (Reglas mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, Artículo 8.1)

Es recomendable, para aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad, que se establezcan penas de diferente calidad y duración para las conductas que afecten derechos personalísimos y para los que lesionen o pongan en peligro bienes colectivos y para aquellos que se refieren a bienes jurídicos relacionados con la conformación de la sociedad.

Es decir, que en lugar de una sola escala de gravedad de las penas, el Estado establezca, por ejemplo, tres distintas escalas. La primera, orientada a la punibilidad de los comportamientos que afecten derechos personalísimos de los habitantes; la segunda, relativa a la protección de los derechos colectivos, y la tercera para castigar a quienes atenten contra la organización democrática del Estado.

3. Calidad de las penas. Respaldo empírico: Si bien el legislador debe tomar en cuenta los intereses generales, toda norma penal que se proponga expedir debe fundamentarse en razones adecuadas y evidencia empírica, de forma tal que se controlen los excesos fundamentados en el populismo punitivo.

Quiere decir lo anterior que las penas deben ser asignadas teniendo en cuenta no solamente el daño causado con el delito, sino la función que se persigue que cumpla la sanción penal y la forma como el Estado puede desarrollar la ejecución de la pena acorde con dicha finalidad. Una pena que persigue simplemente brindar respuestas simbólicas a los comportamientos delictivos es una pena injusta y desproporcionada.

La evidencia empírica tiene que estar relacionada con la capacidad del Estado para imponer y ejecutar la sanción asignada, pero también con los casos que la pena puede resolver y la incidencia que puede tener en la desocialización del autor de un hecho punible y en los demás miembros de su grupo familiar.

4. Calidad de las penas. Regla de democrática de ampliación punitiva: como se pudo demostrar en el presente trabajo, en muchas ocasiones no es posible evidenciar, durante la discusión legislativa, argumentos que de manera explícita sustenten la necesidad de aumentar cuantitativamente las penas, especialmente que demuestren porqué el margen punitivo vigente no resulta suficiente para responder a los fenómenos criminales involucrados. De este modo, tal como ya lo ha señalado el Consejo Superior de Política Criminal, “en los casos de aumentos de penas posteriores a la criminalización inicial, la argumentación del legislador debe estar dirigida a demostrar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la adición en la restricción de la libertad personal de los ciudadanos; debatir y argumentar, en últimas, por qué no sirve la fijación actual y por qué ha de ser aumentada, de tal modo que en el Derecho penal de un Estado democrático no haya márgenes de castigo carentes de justificación”²

² Consejo Superior de Política Criminal (2015). Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 35 de 2014-Senado, “por medio del cual se incrementan las sanciones penales

5. Cantidad de las penas. Expectativa de vida: las penas privativas de la libertad deben consultar tanto la edad de responsabilidad penal (18 años en Colombia) como la expectativa de vida al nacer, para correlacionarlas con la duración de las sanciones y la expectativa de resocialización que tienen tanto la sociedad como los autores de los hechos delictivos. Según este criterio, las penas no pueden ser de tal duración que eliminen cualquier posibilidad concreta de reinserción social y se conviertan en penas a perpetuidad, prohibidas por la Constitución Política.

Una pena exageradamente larga, así como una pena de muy corta duración, resulta incompatible con un sistema progresivo resocializador. La primera, porque hace perder significado al tratamiento penitenciario al quitar al reo cualquier posibilidad de regresar a vivir en sociedad; la segunda, porque un tiempo muy corto de intervención puede significar que no se aplique tratamiento alguno o, al menos, no el adecuado.

Teniendo en cuenta que la expectativa de vida en Colombia es de poco más de setenta y cuatro (74) años, y que la edad mínima de responsabilidad penal es de dieciocho (18) años, es evidente que una pena de sesenta (60) años supera cualquier esperanza de reinserción social. El tope de la pena privativa de la libertad es muy difícil de establecer, pero, en todo caso, resulta más racional acudir a los límites máximos que por regla general se imponen en los países del mundo.

Para este efecto, bien podría consultarse el máximo de penas previsto en las legislaciones extranjeras que, en promedio, se fija en veintinueve (29) años, de forma tal que una pena máxima de treinta (30) años puede responder a estos criterios de gravedad, según se asume, también, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

contra la corrupción electoral y se dictan otras disposiciones”. Concepto No. 15-06. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Irnz4ITODyQ%3d&portalid=0>. Es importante destacar, además la observación del Consejo se basa en los comentarios que la Corte Suprema de Justicia realizó en la sentencia de 27 de febrero de 2013 en la que la Sala Penal expresó: “[a]plicando lo hasta ahora expuesto al concreto momento de fijación legislativa de la pena, en eventos de incrementos punitivos posteriores a la tipificación inicial, para la Sala es claro que la agravación de la consecuencia penal establecida en un primer momento en la creación del tipo, requiere un análisis de proporcionalidad independiente y regido por parámetros diversos a los aplicados al nacimiento de la respectiva disposición normativa. En efecto, tratándose de la modificación de la norma jurídico penal para incrementar los límites de su componente sancionatorio, el aumento de pena, en sí mismo, representa una medida de política criminal que, además de impactar negativamente el derecho fundamental a la libertad personal, implica una adición a las valoraciones concernientes a la correlación entre la gravedad del delito y la pena. Ese plus de ninguna manera podría estar cobijado por los fundamentos legitimantes de la creación originaria del tipo penal. No. Tal aditamento, por cuyo medio se intensifica la incidencia negativa en los derechos fundamentales, reclama legitimidad desde la óptica del principio de proporcionalidad; lo contrario devendría en arbitrariedad legislativa, por cuanto se admitiría la existencia de márgenes de castigo carentes de justificación, emanados de la simple voluntad del legislador”. Al respecto, ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2013. MP. José Leonidas Bustos Martínez, R. 33254.

Para las infracciones más graves o excepcionalmente graves se puede considerar la asignación de penas superiores, en cuyo caso deben regularse criterios tanto de la excepcionalidad –que no se pueda imponer a todo tipo de conductas– como condiciones para que pueda ser interrumpida la sanción al cumplimiento del proceso de reinserción social o al momento que coincida con la ejecución de la máxima pena privativa de la libertad para la mayoría de las conductas punibles.

6. Calidad y cantidad de las penas. Importancia de las relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho Penal: para conservar sistemáticamente los criterios de proporcionalidad de las penas, las normas de este carácter deben ser siempre examinadas como una reforma al contenido del Código Penal, de manera que se pueda confrontar el conjunto de las sanciones asignadas en él con las nuevas penas propuestas, a fin de que se observen los mismos criterios y no se pierda la sistematicidad de las sanciones.

En toda reforma penal que se emprenda es necesario observar los límites abstractos de duración de la pena, con el fin de que resulte imposible al legislador la asignación de una pena que los supere, ya como consecuencia de la determinación general de la pena, ya como resultado de la aplicación de circunstancias agravantes que lleven a superar tales límites.

Las penas deben responder a un fin determinado y, en consecuencia, su asignación debe hacerse en función de dicho fin y de la capacidad del Estado para administrarla. En nuestro país, ese fin está principalmente relacionado con la reinserción social y, por ello, las sanciones penales deben adecuarse a las acciones que el Estado puede efectivamente cumplir para este fin³.

7. Calidad y cantidad de las penas. Importancia de la ampliación de la argumentación judicial en la determinación punitiva. A pesar de los discutibles efectos que tiene la pena en tanto fin preventivo general negativo, parece indispensable que el legislador colombiano determine criterios para la asignación de la calidad y la cantidad de la pena en relación con estos efectos. Eso significa que la proporcionalidad de las sanciones debe consultar la efectiva posibilidad de que las penas sean impuestas en los casos previstos en la ley, y la realidad de la ejecución de la sanción para que sea el efectivo cumplimiento de ella el que guíe la prevención general. De otra manera, las penas serán meramente simbólicas y terminarán deslegitimando el poder estatal y su capacidad para controlar los fenómenos delictivos.

³ “El propósito y justificación de una condena de cárcel o una medida similar privativa de libertad es, en último término, proteger a la sociedad contra la delincuencia. Esta finalidad sólo puede ser alcanzada si el periodo de encarcelamiento es usado para asegurar, en la medida de lo posible, que cuando el delincuente sea reinsertado en la sociedad no solo esté dispuesto sino que además sea capaz de llevar una vida respetuosa de las leyes y autosustentable” (Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Regla 58)

Siendo la proporcionalidad un mandato dirigido tanto a legisladores como a jueces, resulta importante que en el sistema jurídico penal se amplíe la discrecionalidad de los funcionarios judiciales en la determinación de la clase y cantidad de las penas, de forma que puedan seleccionar medidas alternativas a la privación de la libertad no solo respecto de personas que son condenadas por primera vez, sino también en general en el ejercicio de su función de dictar sentencia acorde con las circunstancias particulares en las que se cometió el delito, las condiciones del autor y de la víctima, y las capacidades del Estado para hacer cumplir la sentencia impuesta.

318. Finalmente, como un mecanismo necesario para determinar los criterios de proporcionalidad de las penas en Colombia, resulta necesario la revisión de todos los tipos penales descritos en el ordenamiento jurídico, a fin de eliminar las incoherencias que se presentan con la actual asignación de las sanciones, y racionalizar las penas frente a los bienes jurídicos que persiguen proteger.

REFERENCIAS

- ARIAS, Diana (2012), Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de derecho*, n. 38, pp. 142-171. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85124997005.pdf>
- BÖHM, María (2016). “Securitización”. En: AMBOS, K., BÖHM, M. y ZULUAGA, J. (e.ds.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania. Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana* (pp. 173-202). Gotinga: Göttingen University Press. Disponible en: <http://www.cedpal.uni-goettingen.de>.
- CERETTI, Adolfo (2003), *A Homenage to Louk Hulsman*. Disponible en: <http://www.defensesociale.org/revista2003/04.pdf>.
- CILLERO, Miguel (s/f), *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño*. Disponible en: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.
- Comisión Asesora de Política Criminal (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho. Disponible en: https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 684 de 2015.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 298 de 2015.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 241 de 2015.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 240 de 2015.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 801 de 2014.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 678 de 2014.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 645 de 2014.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 479 de 2014.

Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 366 de 2014.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 801 de 2014.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 13 de 2014.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 218 de 2014.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 973 de 2013.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 773 de 2013.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 749 de 2013.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 744 de 2013.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 275 de 2013.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 570 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 473 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 309 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 251 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 194 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 111 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 109 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 75 de 2012.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 857 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 688 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 678 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 666 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 342 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 406 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 369 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 342 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 312 de 2011.

Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 258 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 196 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 194 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 43 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 42 de 2011.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 1139 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 1117 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 1004 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 1002 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 989 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 975 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 865 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 858 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 850 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 799 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 784 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 757 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 754 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 737 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 692 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 639 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 607 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 588 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 459 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 407 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 317 de 2010.

Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 275 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 128 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 43 de 2010.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 1119 de 2009.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 1069 de 2009.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 498 de 2009.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 463 de 2009.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 421 de 2009.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 351 de 2009.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 881 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 752 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 690 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 639 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 554 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 523 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 391 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 358 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 349 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 325 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 265 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 257 de 2008.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 645 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 638 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 528 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 426 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 355 de 2007.

Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 339 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 286 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 162 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 124 de 2007.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 662 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 630 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 618 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 519 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 502 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 414 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 410 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 395 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 351 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 296 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 250 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 246 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 243 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 234 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 137 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 132 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 128 de 2006.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 838 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 687 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 551 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 538 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 522 de 2005.

Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 521 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 499 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 393 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 392 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 390 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 391 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 363 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 344 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 302 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 298 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 293 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 183 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 289 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 286 de 2005.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 653 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 556 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 413 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 410 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 142 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 135 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 111 de 2004.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 642 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 404 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 348 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 345 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 53 de 2003.

Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 46 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 43 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 19 de 2003.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 614 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 539 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 428 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 415 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 398 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 394 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 381 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 350 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 314 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 304 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 210 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 198 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 141 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 67 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 27 de 2002.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 628 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 547 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 520 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 438 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 342 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 320 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 247 de 2001.
Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 189 de 2001.

- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 113 de 2001.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 488 de 2000.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 469 de 2000.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 380 de 2000.
- Congreso de la República. Gaceta del Congreso número 302 de 1999.
- Consejo Superior de Política Criminal (2016). *Concepto del Comité Técnico en torno a la inconstitucionalidad del parágrafo 1 del artículo 116-A del Código Penal*. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=xO9RnL-GVHI%3d&portalid=0>.
- Consejo Superior de Política Criminal (2015). *Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 35 de 2014-Senado, "por medio del cual se incrementan las sanciones penales contra la corrupción electoral y se dictan otras disposiciones"*. Concepto No. 15-06. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=lrnz4lTODyQ%3d&portalid=0>
- Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-297-16.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-257 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2021%20comunicado%2018%20de%20mayo%20de%202016.pdf>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2016%20comunicado%2027%20de%20abril%20de%202016.pdf>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo. Comunicado de prensa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2015%20comunicado%2020%20de%20abril%20de%202016.pdf>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-385 de 2015. MP. Alberto Rojas Ríos. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-385-15.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-501 de 2014. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-501-14.htm>.

- Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-239_1914.html#inicio.
- Corte Constitucional. Sentencia C-472 de 2013. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-472-13.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-334 de 2013. MP. Jorge Pretelt. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-334-13.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 2013. MP. Alexei Julio Estrada. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-011-13.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-571 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-571-12.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-365-12.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-913 de 2010. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-913-10.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-302 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-302-10.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-636 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-636-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2009. MP. Humberto Sierra Porto. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-575-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 2009. MP. María Victoria Calle. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-521-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-226 de 2009. MP. Gabriel Mendoza Martelo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-226-09.htm>.

- Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 2009. MP. Clara Elena Reales. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-225-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-224-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. MP. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-798-08.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T-106 de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-106-07.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-394-06.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MMPP. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-897 de 2005. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-897-05.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-823 de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-823-05.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-674-05.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-238-05.htm>.

- Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 2005. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-194-05.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1114 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-1114-03.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-776-03.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-622-03.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-205-03.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2003. MP. Eduardo Montealegre. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-043-03.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1080 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1080-02.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-646 de 2001. MP. Manuel José Cepeda. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-646-01.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-198 de 1997. MP. Fabio Morón Díaz. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-198_1997.html.
- Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-213 de 1994. MP. Jorge Arango Mejía. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-213-94.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-591-93.htm>.

- Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. MP. Hernando Herrera Vergara. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 27 de febrero de 2013*. MP. José Leonidas Bustos Martínez, R. 33254
- Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. *Auto de 28 de noviembre de 2001*. MP. Carlos Eduardo Mejía Escobar.
- FEIJOO, Bernardo (2007), Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *InDret, Revista para el análisis del derecho*. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>.
- Fiscalía General de la Nación (1998). *Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- GUAGLIARDO, Vincenzo (2012), *De los dolores y las penas. Ensayo abolicionista sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de sueños. Disponible en: https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map38_de_dolores.pdf.
- Naciones Unidas-Consejo Económico y Social (NNUU-CES) (2005). *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. E/CN.4/2005/102/Add.1. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/03/PDF/G0510903.pdf?OpenElement>.
- National Institute of Justice (2016). *Five Things about deterrence*. Mayo, 2016. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/247350.pdf>.
- NUÑO, Jorge (2002), *Sistema penal y control social en Colombia*. Tesis. Bogotá: PUJ. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS13.pdf>.
- Organización de Estados Americanos-Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) (2009). *Informe sobre seguridad y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 31 diciembre 2009*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>.

PÉREZ, Luis Carlos (1984). *Derecho penal. Partes General y Especial*. Tomo III. Bogotá, Temis.

ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.

ANEXO NÚMERO 1. LEYES ORDINARIAS QUE HAN REFORMADO EL CÓDIGO PENAL, 2000-2016

LEY	AÑO	DESCRIPCIÓN	AUTOR(ES)	INSTITUCIÓN DE ORIGEN		DIARIO OFICIAL	FECHA PUBLICACIÓN			PROYECTO DE LEY SENADO		PROYECTO DE LEY CÁMARA	
				Ubicación estructura del estado	Actor		D	M	A	Número	Año	Número	Año
679	2001	Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y combatir la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.	Representantes William Vélez Mesa, Iván Correa, Senador Mario Umibe Escobar	Rama Legislativa	Partido Liberal Colombiano	44509	4	8	2001	143	2001	85	1999
733	2002	Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones.	Ministro de Justicia y del Derecho Rómulo González Trujillo	Rama Ejecutiva	Ministerio de Justicia y del Derecho	44693	31	1	2002	8	2001	76	2000
738	2002	Por la cual se adiciona un artículo al Código Penal.	Senador Germán Vargas Lleras	Rama Legislativa	Partido Cambio Radical	44786	1	5	2002	25	2001	180	2001
747	2002	Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones.	Representante Nelly Moreno Rojas	Rama Legislativa	Partido Movimiento Independiente Frente de Esperanza	44872	19	7	2002	190	2001	173	2001

759	2002	Por medio de la cual se dictan normas para dar cumplimiento a la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción y se fijan disposiciones con el fin de erradicar en Colombia el uso de las minas antipersonal.	Senador Rafael Orduz Medina	Rama Legislativa	Partido Visionario/ASI	44883	30	7	2002	98	2001	214	2002
777	2002	Por la cual se reforma el artículo 274 del Código Penal.	Senador Héctor Helí Rojas Jiménez	Rama Legislativa	Partido Liberal Colombiano	45038	18	12	2002	55	2002	121	2002
788	2002	Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones.	Ministro de Hacienda y Crédito Público Roberto Junguito Bonnet	Rama Ejecutiva	Ministerio de Hacienda y Crédito Público	45046	27	12	2002	93	2002	53	2002
813	2003	Por medio de la cual se derogan, adicionan y modifican algunos artículos de la Ley 599 de 2000.	Representante Jaime Alonso Ramírez	Rama Legislativa	Partido Conservador Colombiano	45237	3	7	2003	270	2002	229	2002
882	2004	Por medio de la cual se modifica el artículo 229 de la Ley 599 de 2000.	Senador Carlos Moreno de Caro	Rama Legislativa	Partido Conservador Colombiano	45568	3	6	2004	18	2002	140	2002
890	2004	Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.	Fiscal General de la Nación Luis Camilo Osorio Isaza	Rama Judicial	Fiscalía General de la Nación	45602	7	7	2004	1	2003	251	2004

964	2005	Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúan mediante valores y se dictan otras disposiciones.	Ministro de Hacienda y Crédito Público Alberto Carrasquilla Barrera	Rama Ejecutiva	Ministerio de Hacienda y Crédito Público	45963	8	7	2005	234	2005	33	2004
975	2005	Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.	Ministerio de Interior y Justicia Sabas Pretelt de la Vega	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia	45980	25	7	2005	211	2005	293	2005
985	2005	Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma.	Senadores Rafael Parolo Rueda, Claudia Blum	Rama Legislativa	Partido Liberal Colombiano	46015	29	8	2005	17	2004	243	2004
1028	2006	Por la cual se adiciona el Código Penal y se dictan otras disposiciones.	Ministro del Interior y Justicia Sabas Pretelt de la Vega, Viceministro (E) Minas, Mamiel Marguachea Olano	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia	46298	13	6	2006	265	2005	193	2005
1032	2006	Por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal.	Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Carlos Gustavo Cano	Rama Ejecutiva	Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural	46307	22	6	2006	26	2004	401	2005

1098	2006	Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.	Procurador General de la Nación Edgardo José Maya Villazón; Defensor del Pueblo Volmar Pérez Ortiz Representantes Gina Parody, Carlos Piedrahíta, Juan Hurtado, William Velaz, Jorge Arango Palacios, Iván Díaz, Guillermo Rivera, Zamir Silva Amin, Clara Puyillos, Sandra Ceballos, Lorenzo Almendra, Telésforo Pedraza, Miriam Paredes, Tony Jozame, Manuel Enríquez, Luis Fernando Vélasco, Dixon Tapasco, Javier Devia, Ramón Eljalde, Jesús García, Germán Navas, Yáñez Restrepo, Nancy Gutiérrez, Adriana Gutiérrez, Jorge Homero, Eduardo Enríquez, José Luis Florez, Germán Varón, Reginaldo Montes, Milton Rodríguez, Jose Luis Arcilla, Roberto Camacho, Venus Albeiro Silva, Edgar Fandiño, María Isabel Urrutia, Zulerna Jattin, Rosmery Martínez; Senadores Rafael Pardo, Claudia Blum, Andrés González	Ministerio Público; Rama Legislativa	Procuraduría General de la Nación; Defensoría del Pueblo; coalición	46446	8	11	2006	215	2005	85	2006	
1111	2006	Por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.	Ministro de Hacienda y Crédito Público Alberto Carrasquilla Barrera	Rama Ejecutiva	Ministerio de Hacienda y Crédito Público	46494	27	12	2006	43	2006	39	2006	

1121	2006	Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.	Ministro de Interior y Justicia Sabas Pretelt de la Vega; Ministro de Hacienda Alberto Carrasquilla Barrera; Ministro de Defensa Camilo Ospina Bernal	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia; Ministerio de Hacienda; Ministerio de Defensa	46497	30	12	2006	208	2005	138	2006
1142	2007	Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.	Ministro de Interior y Fiscal General de la Nación Mario Ignarán	Rama Ejecutiva; Rama Judicial	Ministerio del Interior y Fiscalía General de la Nación	46673	28	7	2007	81	2006	23	2006
1154	2007	Por la cual se modifica el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal.	Senadores Gina Parody, Armando Benedetti, Piedad Zuccardi, Carlos Ferro y Dilian Francisca Toro.	Rama Legislativa	Partido de la U	46741	4	9	2007	137	2006	216	2007
1181	2007	Por la cual se modifica el artículo 233 de la Ley 599 de 2000.	Senadora Piedad Zuccardi	Rama Legislativa	Partido de la U	46858	31	12	2007	4	2006	301	2007
1200	2008	Por medio de la cual se adiciona el artículo 169 del Código Penal, modificado por los artículos 2º de la Ley 733 de 2002 y 14 de la Ley 890 de 2004.	Senador Germán Vargas Lleras. Representantes Edgar Torres, William Ortega y Roy Barreras	Rama Legislativa	Partido Cambio Radical	47029	23	6	2008	132	2006	267	2007
1220	2008	Por la cual se aumentan penas para los delitos contra la Salud Pública, de que trata el Título XIII, Capítulo 1 del Código Penal.	Representante Germán Varón Cotrino	Rama Legislativa	Partido Cambio Radical	47052	16	7	2008	176	2006	37	2006
1236	2008	Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.	Senadores Alexandra Piraquive, Manuel Antonio Virguez; Representante Gloria Estrela Díaz	Rama Legislativa	Partido MIRA	47059	23	7	2008	26	2006	214	2007

1257	2008	Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.	Senadores Gloria Inés Ramírez, Zulema Jaffin, Miriam Paredes, Piedad Zuccardi, Gina Parody, Piedad Córdoba, Dilian Francisca Toro, Adriana Gutiérrez, Nancy Patricia Gutiérrez, Cecilia López, Martha Lucía Ramírez, Liliانا Rendón, Sandra Ceballos, Alexandra Moreno, Luis Carlos Avellaneda, Miguel Pinedo Vidal, Dieb Maloof, Germán Aguirre, Wilson Borja y Armando Benedetti	Rama Legislativa	Coalición	47193	4	12	2008	171	2006	302	2007
1273	2009	Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado denominado "de la protección de la información y de los datos"; y se preservan integralmente los sistemas que utilizan las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones.	Representante Germán Varón Cotrino	Rama Legislativa	Partido Cambio Radical	47223	5	1	2009	281	2008	42	2007
1288	2009	Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contra-inteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones.	Ministro de la Defensa Nacional Juan Manuel Santos Calderón; Senadores Martha Lucía Ramírez de Rincón, Jairo Clopatofsky Guisays	Rama Ejecutiva; Rama Legislativa	Ministerio de Defensa Nacional; Partido Conservador; Partido de la U	47282	5	3	2009	178	2007	335	2008

1309	2009	Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000 relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los miembros de una organización sindical legalmente reconocida.	Ministro del Interior y de Justicia Carlos Holguín Sardi, Ministro de la Protección Social Diego Palacios Betancourt	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia; Ministerio de la Protección Social	47392	26	6	2009	218	2008	308	2008
1311	2009	Por medio de la cual se adicionan los artículos 377A y 377B a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de semisumergibles o sumergibles.	Senadora Claudia Rodríguez de Castellanos y Representante Luis Felipe Barrios.	Rama Legislativa	Partido de la U	47405	9	7	2009	99	2008	215	2008
1326	2009	Por la cual se modifica el artículo 110 del Código Penal.	Representante Gloria Stella Díaz, Senadores Alexandra Moreno y Manuel Virgítez	Rama Legislativa	Partido MIRA	47411	15	7	2009	220	2007	17	2007
1329	2009	Por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.	Senadores Dilian Francisca Toro, Gina Parody y Armando Benedetti	Rama Legislativa	Partido de la U	47413	17	7	2009	181	2007	146	2008
1336	2009	Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes.	Senadores William Vélez, Carlos Arturo Piedrahíta y Mario Uribe	Rama Legislativa	Partido de la U	47417	21	7	2009	324	2008	109	2007
1356	2009	Por medio de la cual se expide la Ley de Seguridad en Eventos Deportivos.	Representante Sandra Ceballos Arévalo	Rama Legislativa	Partido de la U	47511	23	10	2009	193	2008	40	2007
1357	2009	Por la cual se modifica el Código Penal.	Ministro de Hacienda Oscar Iván Zuluaga Escobar; Ministro del Interior y de Justicia Fabio Valencia Cossio	Rama Ejecutiva	Ministerio de Hacienda; Ministerio del Interior y de Justicia	47531	12	11	2009	154	2008	380	2009

1393	2010	Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.	Ministro de Hacienda y Crédito Público Oscar Iván Zuluaga Escobar; Ministro de la Protección Social Diego Palacios Betancourt	Rama Ejecutiva	Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de la Protección Social	47768	12	7	2010	245	2010	280	2010
1426	2010	Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000, relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los defensores de derechos humanos y periodistas.	Ministro del Interior y de Justicia Fabio Valencia Cossio	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia	47937	29	12	2010	173	2010	290	2010
1445	2011	Por medio de la cual se modifica la Ley 181 de 1995, las disposiciones que resulten contrarias y se dictan otras disposiciones en relación con el deporte profesional.	Ministro del Interior y de Justicia German Vargas Lleras	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia	48067	12	5	2011	201	2010	73	2010
1453	2011	Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.	Ministro del Interior y de Justicia German Vargas Lleras	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia	48110	24	6	2011	164	2010	160	2010
1474	2011	Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.	Ministro del Interior y de Justicia German Vargas Lleras	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia	48128	12	7	2011	142	2010	174	2010
1482	2011	Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.	Bancada MIRA: Carlos Baena, Gloria Stella Díaz	Rama Legislativa	Partido MIRA	48270	1	12	2011	8	2010	165	2010

1520	2012	Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del "Acuerdo de Promoción Comercial", suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su "Protocolo Modificatorio, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica".	Ministro del Interior y de Justicia: Germán Vargas Lleras; Ministro de Comercio, Industria y Turismo Sergio Díaz Granados Guída	Rama Ejecutiva	Ministerio del Interior y de Justicia; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	48400	13	4	2012	201	2012	197	2012
1542	2012	Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.	Bancada femenina en el Congreso de la República: Alexandra Moreno Piraquive, María Cecilia Ramírez, Claudia Marcela Amaya, Gloria Stella Ortiz, Yolanda Duque Naranjo, Rosmery Martínez Rosales, Mercedes Marquez, Ángela María Robledo Gómez, Esmeralda Sarria Villa, Sandra Elena Villadiego, Arleth Casado de López, Daira de Jesús Galvis, Nora María García Burgos, Miriam Paredes Aguirre, Gloria Inés Ramírez, Teresita Romero García, Maritza Martínez Arisizabal, Piedad Zuccardi de García, Dillian Francisca Toro, Nancy Castillo García.	Rama Legislativa	Coalición	48482	5	7	2012	164	2011	227	2012

1639	2013	Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000.	Representante Oscar de Jesús Marín	Rama Legislativa	Partido Liberal Colombiano	48839	2	7	2013	239	2012	91	2011
1675	2013	Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido.	Ministra de Cultura Mariana Garcés Córdoba	Rama Ejecutiva	Ministerio de Cultura	48867	30	7	2013	185	2012	125	2011
1696	2013	Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas.	Senadores Marco Aníbal Avirama, Carlos Alberto Baena, Germán Carlosama López, Juan Manuel Corzo, Carlos Ferro Solanilla, Daira Galvis Méndez, Jorge Eliécer Guevara, Hemel Hurtado Angulo, Camilo Romero, Jhon Sudarsky, Luis Fernando Velasco. Representante Gloria Stella Díaz Ortiz	Rama Legislativa	Coalición	49009	19	12	2013	90	2013	117	2013
1709	2014	Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.	Ministra de Justicia y del Derecho Ruth Stella Correa Palacio	Rama Ejecutiva	Ministerio de Justicia y del Derecho	49039	20	1	2014	23	2013	256	2013

1719	2014	Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.	Rama Legislativa	Representantes Ángela María Robledo, Iván Cepeda, Guillermo Rivera, Germán Navas, Nancy Denise Castillo García, Hernando Hernández, Alba Luz Pinilla, Carlos Amaya, Wilson Arias.	Senadores Jorge Enrique Robledo, Gloria Inés Ramírez, Mauricio Ospina, Parmenio Cuéllar, Luis Carlos Avellaneda, Alexander López, Gloria Stella Díaz, Alfonso Prada, Gilma Jiménez, Jorge Londoño, Félix Varela, Iván Name, John Sudarsky	Coalición	49186	18	6	2014	244	2013	37	2012
1752	2015	Por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad.	Rama Legislativa	Senador Juan Manuel Galán Pachón		Partido Liberal Colombiano	49531	3	6	2015	171	2014	216	2015
1761	2015	Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely).	Rama Legislativa	Senadores Gloria Inés Ramírez Ríos, Arleth Casado de López, Nohora María García Burgos, Teresita García de Romero, Karime Mota y Morad	Representantes Nancy Denise García Castillo, Yolanda Duque Naranjo, Martha Cecilia Ramírez	Coalición	49565	6	7	2015	107	2013	217	2014
1762	2015	Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.	Rama Ejecutiva	Ministro de Hacienda y Crédito Público Mauricio Cárdenas Santamaría; Ministro de Comercio, Industria y Turismo Sergio Díaz-Granados Guida.		Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Comercio, Industria y Comercio	49565	6	7	2015	94	2013	190	2014

1773	2016	Por medio de la cual se crea el artículo 116-A, se modifican los artículos 68-A, 104, 113, 359 y 374 de la ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la ley 906 de 2004.	Representantes Ana Paola Agudelo, Carlos Eduardo Guevara y Guillermo Bravo Montañó	Rama Legislativa	Partido MIRA	49747	6	1	2016	171	2015	16	2014
1774	2016	Por medio de la cual se modifican el código civil, la ley 84 de 1989, el Código Penal, el código de procedimiento penal y se dictan otras disposiciones.	Representantes Juan Carlos Lozada Vargas y Mauricio Salazar Peláez	Rama Legislativa	Coalición	49747	6	1	2016	172	2015	87	2014
1778	2016	Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.	Ministro de Justicia y del Derecho Yesid Reyes Alvarado	Rama Ejecutiva	Ministerio de Justicia y del Derecho	49774	2	2	2016	60	2015	159	2014

ANEXO NÚMERO 2. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE DECRETOS, 2001-2010

DECRETO	DÍA	MES	AÑO	DIARIO OFICIAL	ASUNTO	Estado de excepción	CONTROL CONSTITUCIONAL	JUSTIFICACIÓN	TIPO PENAL INVOLUCRADO			
									ACCIÓN	TIPO	PRISIÓN-NA	PRISIÓN+NA
2667	10	Diciembre	2001	44659	Por el cual se corrige un yerro en el texto de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"	NA	No fue declarado inexecutable	Corrección de yerro en el texto de L.599/00	Modificación de yerro forzado			
1900	23	Agosto	2002	44910	Por el cual se adoptan medidas en materia penal y procesal penal contra las organizaciones delincuenciales y se dictan otras disposiciones	Comoción interior ¹	Declarado inexecutable por C939/02	"Fortalecer a la rama judicial con medidas transitorias con el fin de prevenir, evitar y reprimir los actos terroristas y criminales de las organizaciones delincuenciales que han multiplicado sus ataques contra la infraestructura de los servicios esenciales de energía incluida en ésta la de hidrocarburos o sus derivados".	Creación	Daños a la infraestructura hidrocarburos o de sus derivados Hurto de marcadores, detectores o reveladores Contrabando de hidrocarburos o sus derivados Favorecimiento en el delito de hurto de hidrocarburos o sus derivados Favorecimiento en el delito de contrabando de hidrocarburos o sus derivados Destinación ilícita de bienes Favorecimiento por servidor público	6 6 4 3 4 2	12 10 8 8 8 6

¹ Decretado en todo el territorio nacional mediante D 1837/02. Prorrogado dos veces: D2555/02 y D245/03. La segunda prórroga fue declarada inexecutable por C327/03.

4336	17	Noviembre	2008	47176	Por el cual se modifica el Código Penal	Emergencia social ²	Exequible por C224/09	“Dada la incidencia de la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal en las causas de dicha Emergencia, así como el grave daño social que genera, se hace necesario hacer más severas y proporcionales las consecuencias punitivas de la conducta”.	Modificación	Captación masiva y habitual de dineros (316CP)	10	20
									Creación	“No reintegro de dineros de captación” (nuevo 316-A CP)	8	15

² Decretado en todo el territorio nacional mediante D4333/08.

4449	25	Noviembre	2008	47184	Por el cual se adiciona y modifica el Código Penal	Emergencia social ³	Inexequible por C22.5/09	<p>“La posesión, movilización y almacenamiento de recursos en efectivo sin el respectivo reporte a las autoridades competentes, por parte de quienes están obligados a hacerlo, son comportamientos que suelen concurrir en la comisión de conductas punibles referidas a la captación masiva y habitual de recursos del público sin autorización legal, y que en consecuencia se hace necesario tipificar, para personas obligadas a reportar, diferentes a los empleados o administradores de instituciones financieras, la falta de reporte como conducta sancionable desde el punto de vista penal y aumentar las penas para quienes incurran en el delito de omisión de control.”</p>	Modificación	Omisión de control (325CP)	3,16	10,66
								Creación	Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo		3,16	10,66

³ Decretado en todo el territorio nacional mediante D4333/08.

4450	25	Noviembre	2008	47184	Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal	Emergencia social ⁴	Inejecutable por C226/09	"La proliferación del uso de figuras, como los Cobros Diarios o Periódico y la Venta con Pacto de Retroventa, con el cobro excesivo de intereses, promueve que, muchas veces, las personas que los cancelan tengan que acudir a captadores o recaudadores no autorizados, para compensar los pagos que deben realizar por estos intereses."	Creación de un nuevo inciso	Usura (305CP)	4	10,5
------	----	-----------	------	-------	--	--------------------------------	--------------------------	---	-----------------------------	---------------	---	------

4 Decretado en todo el territorio nacional mediante D4333/08.

126	21	enero	2010	47599	<p>Por el cual se dictan disposiciones en materia de Inspección, Vigilancia y Control, de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones.</p>	<p>Emergencia social⁵</p>	<p>Inexequible por C302/10</p>	<p>“Las prácticas que se pretenden conjurar no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública”</p>	<p>Creación</p>	<p>Omisión en la atención inicial de urgencias (131-ACP).inc.1</p> <p>Omisión en la atención inicial de urgencias (131-ACP).inc.2</p> <p>Omisión en la atención inicial de urgencias (131-ACP).inc.3</p>	<p>3</p>	<p>6</p>
								<p>“Las prácticas que se pretenden conjurar no han sido objeto de tipificación en la legislación penal colombiana y por ello es necesario adoptar tipos penales tendientes a sancionar y prevenir las conductas que afectan la prestación del servicio de salud y a proteger el bien jurídicamente tutelado de la salud pública”</p>	<p>Creación de un nuevo numeral</p>	<p>Estafía (247, n. 5 CP)</p>	<p>NA</p>	<p>NA</p>
									<p>Creación</p>	<p>Agotaje con medicamentos y dispositivos médicos.(301-ACP).Contrabando de medicamentos, dispositivo, suministro o insumo médico</p>	<p>4</p>	<p>9</p>
									<p>Creación</p>	<p>Venta fraudulenta de medicamentos.(319-2 CP)</p>	<p>2</p>	<p>4</p>
									<p>Creación</p>	<p>Circunstancia de Agravación Punitiva del peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.(399-ACP)</p>	<p>4,16</p>	<p>10</p>
									<p>Creación</p>	<p>Circunstancia de Agravación Punitiva del peculado culposo frente a recursos de la seguridad social.(400-ACP)</p>	<p>4,16</p>	<p>10</p>

⁵ Decretado en todo el territorio nacional mediante D4975/09.

130	21	enero	2010	47599	Por el cual se dictan disposiciones del monopolio rentístico de Juegos de suerte y azar, en desarrollo del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009.	Emergencia social ⁶	Inexequible por C332/10	“Que resulta necesaria la adopción de medidas excepcionales para optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar, como arbitrio rentístico, con el fin de que se incorporen en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la financiación de los servicios que este cubre.”	Modificación	Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (312 CP), inc. 1	6	8
										Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (312 CP), inc. 2	9	12

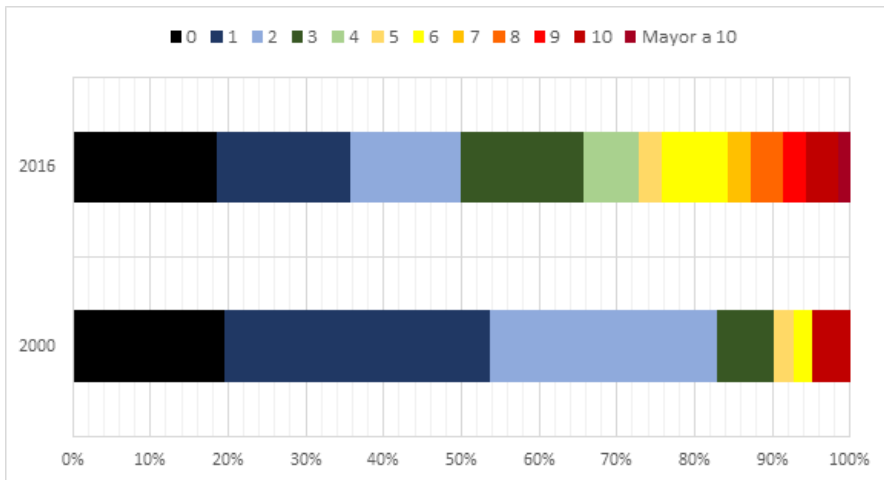
⁶ Decretado en todo el territorio nacional mediante D4975/09.

ANEXO NÚMERO 3. AMPLIACIÓN DE LOS DELITOS BASE DE LAVADO DE ACTIVOS, 2002-2016

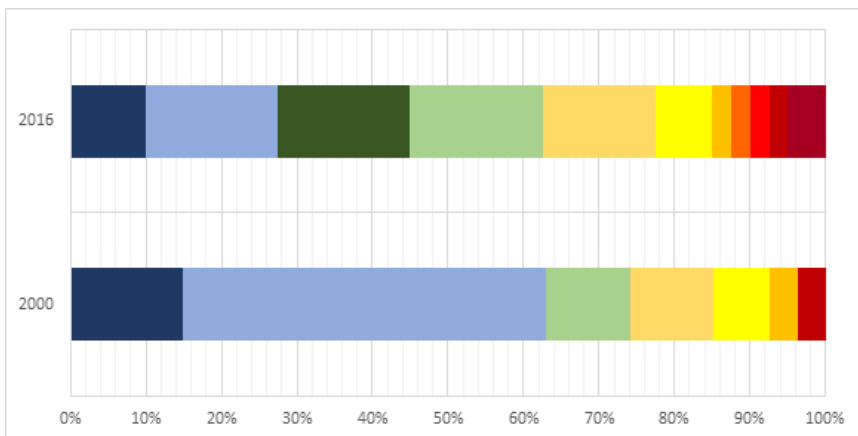
2000	2002- 2004	2006	2011	2015-actualidad
1. Extorsión.	1. Tráfico de migrantes.	1. Tráfico de migrantes.	1. Tráfico de migrantes.	1. Tráfico de migrantes
2. Enriquecimiento ilícito.	2. Trata de personas.	2. Trata de personas.	2. Trata de personas.	2. Trata de personas.
3. Secuestro extorsivo.	3. Extorsión.	3. Extorsión.	3. Extorsión	3. Extorsión
4. Rebelión.	4. Enriquecimiento ilícito,	4. Enriquecimiento ilícito	4. Enriquecimiento ilícito	4. Enriquecimiento ilícito
5. Tráfico de armas.	5. secuestro extorsivo.	5. Secuestro extorsivo	5. Secuestro extorsivo	5. Secuestro extorsivo.
6. Delitos contra el sistema financiero.	6. Rebelión.	6. Rebelión	6. Rebelión	6. Rebelión
7. Delitos contra la administración pública.	7. Tráfico de armas,	7. Tráfico de armas	7. Tráfico de armas	7. Tráfico de armas
8. Concierto para delinquir.	8. Delitos contra el sistema financiero	8. Financiación del terrorismo	8. Tráfico de menores de edad	8. Tráfico de menores de edad.
9. Relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.	9. Delitos contra la administración pública	9. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas	9. Financiación del terrorismo y	9. Financiación del terrorismo.
	10. Concierto para delinquir,	10. Tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas	10. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas	10. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas
	11. Relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas	11. Delitos contra el sistema financiero.	11. Tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas	11. Tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas
		12. Delitos contra la administración pública.	12. Delitos contra el sistema financiero.	12. Delitos contra el sistema financiero.
		13. Concierto para delinquir.	13. Delitos contra la administración pública,	13. Delitos contra la administración pública.
			14. Concierto para delinquir	14. Contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados
				15. Fraude aduanero o favorecimiento
				16. Facilitación del contrabando
				17. Favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas
				18. Concierto para delinquir

ANEXO NÚMERO 4. Composición de cada uno de los títulos del libro II, Código Penal, según escala de gravedad de las penas de cada una de las modalidades delictivas que lo componen¹

Delitos contra la vida y la integridad personal (I)

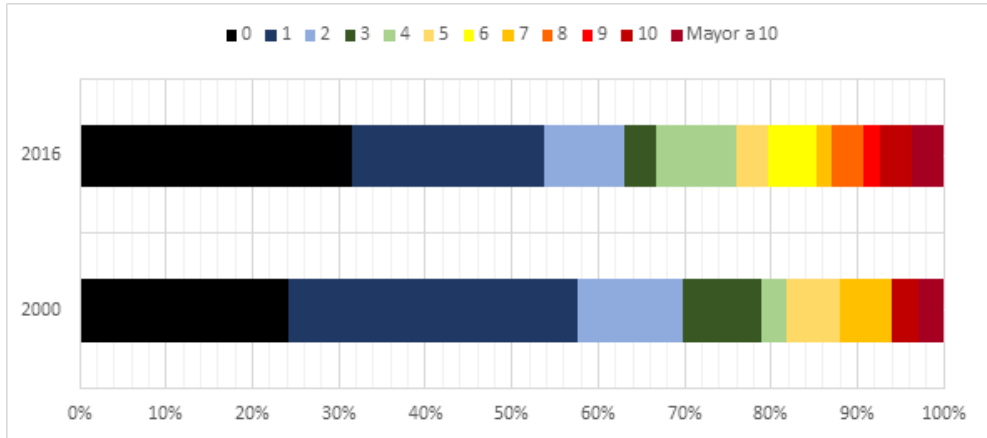


Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (II)

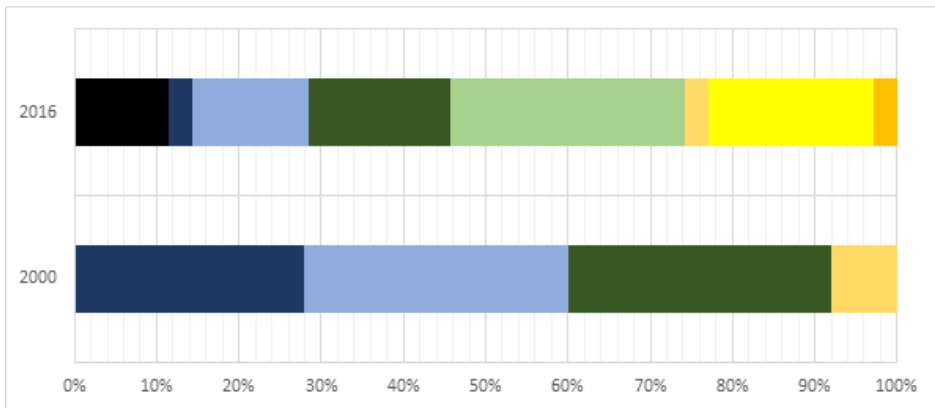


¹ El valor 10 corresponde a la pena máxima posible en cada uno de los momentos comparados: 40 años en el 2000 y 50 años en el 2016. El valor 0 indica, o que la modalidad delictiva no contempla pena de prisión, o que la pena máxima de prisión es menor o igual a tres (3) años –en el caso del 2000–, o menor o igual a cuatro coma cinco (4,5) años -en el caso del 2016. Mayor a 10, por último, indica la presencia en el título de modalidades delictivas castigadas con pena de prisión por encima de los 50 años.

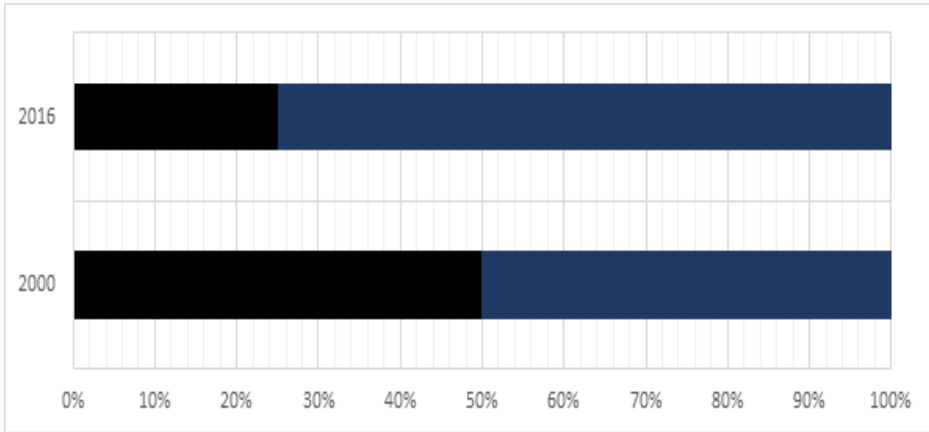
Delitos contra la libertad individual y otras garantías (III)



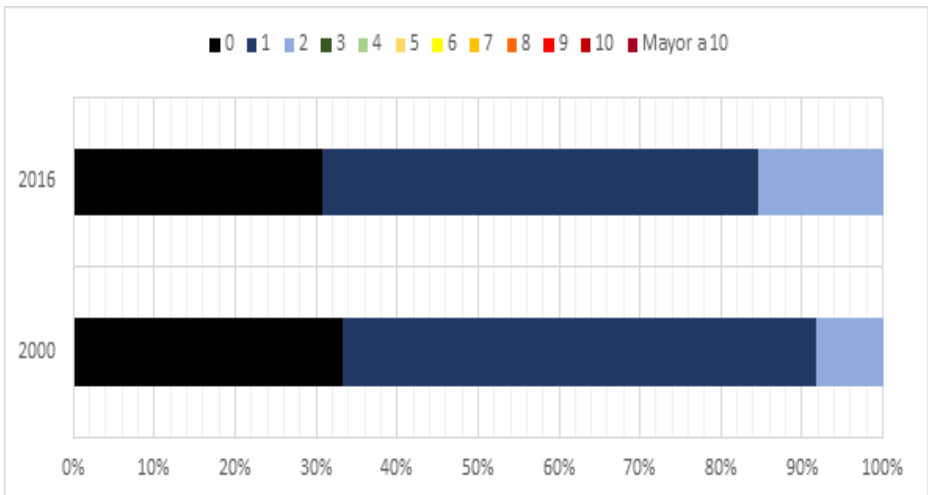
Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (IV)



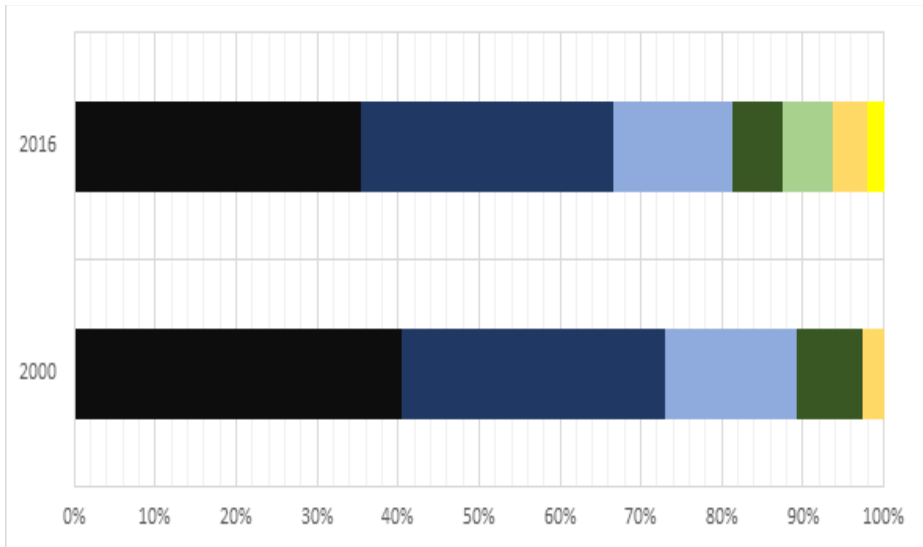
Delitos contra la integridad moral (V)



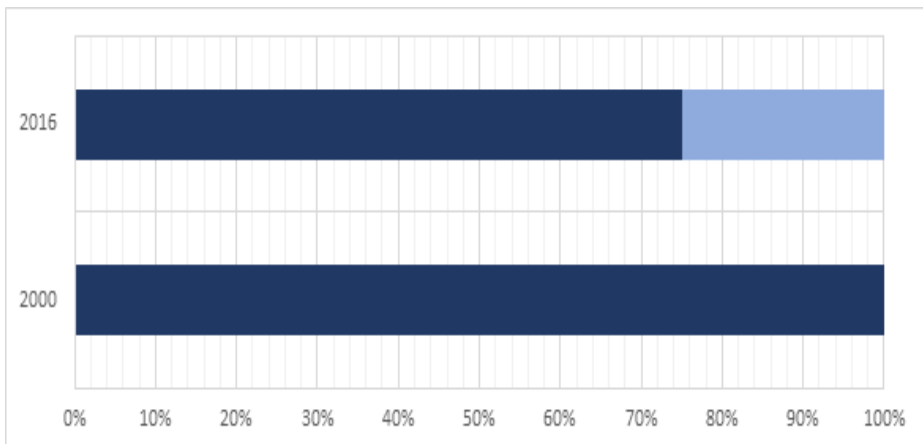
Delitos contra la familia (VI)



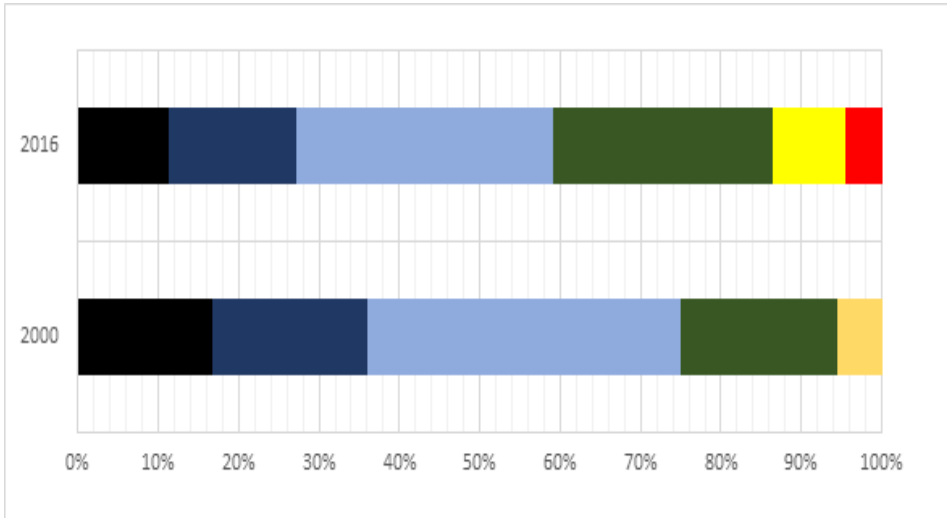
Delitos contra el patrimonio económico (VII)



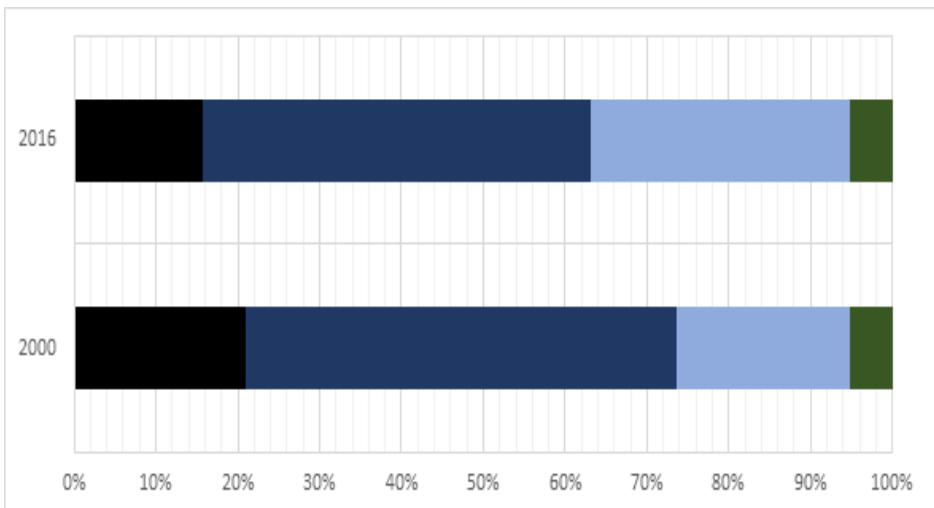
Delitos contra los derechos de autor (VIII)



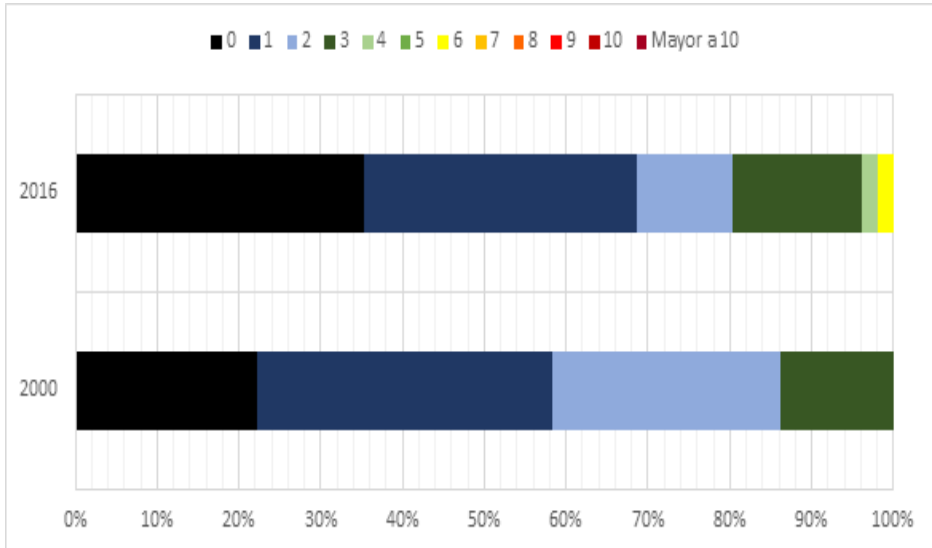
Delitos contra la salud pública (XIII)



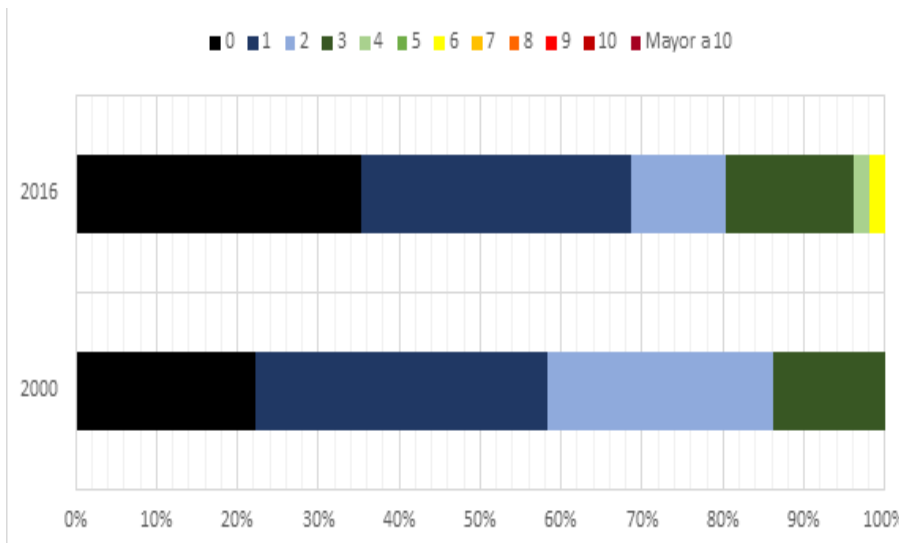
Delitos contra los mecanismos de participación democrática (XIV)



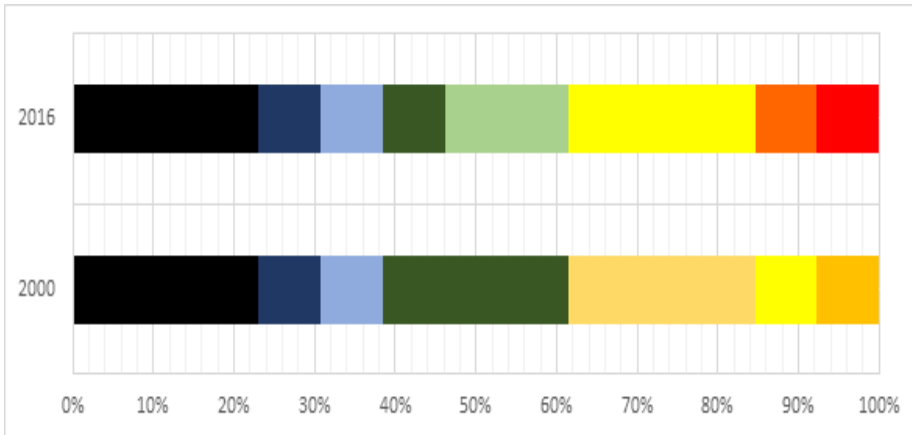
Delitos contra la administración pública (XV)



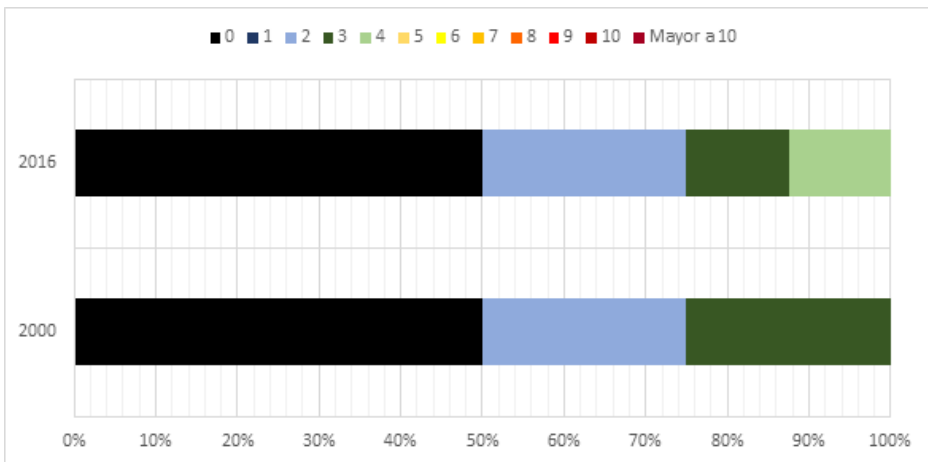
Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia (XVI)



Delitos contra la existencia y seguridad del Estado (XVII)



Delitos contra el régimen constitucional y legal (XVIII)



Esta obra se terminó de imprimir
en enero de 2017
en los talleres gráficos de
Grupo Editorial Ibáñez
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels:2300731 - 2386035
Bogotá D.C. - Colombia

NOTAS

NOTAS

