

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

RICARDO ANTONIO CITA TRIANA
IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Autores

Jorge Eduardo Londoño Ulloa

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



Unión Europea



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, 2016.

296 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-749-695-6

1. 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



Unión Europea

giz | International
Services



Impresión Financiada por el proyecto FORSISPEN, de la Unión Europea, a instancias de la Asistencia Técnica Internacional, ejecutada por GIZ/InS

“La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de las entidades beneficiarias que cooperan para este número y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea”

© 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

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

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, 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 y 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 Gloria 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; luego sostenida y apoyada por los siguientes Ministros de Justicia y del Derecho, Yesid Reyes Alvarado y Jorge Eduardo Londoño Ulloa.

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 las Cortes Constitucional y 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, y 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, Felipe Calderón, Lina Ávila y Natalia Barraza, quienes, en diferentes momentos y de diferentes maneras, con sus comentarios, observaciones, revisiones y demás aportes, contribuyeron a lo que hoy se presenta.

Los Autores

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 remplazó 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 remplazada 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).

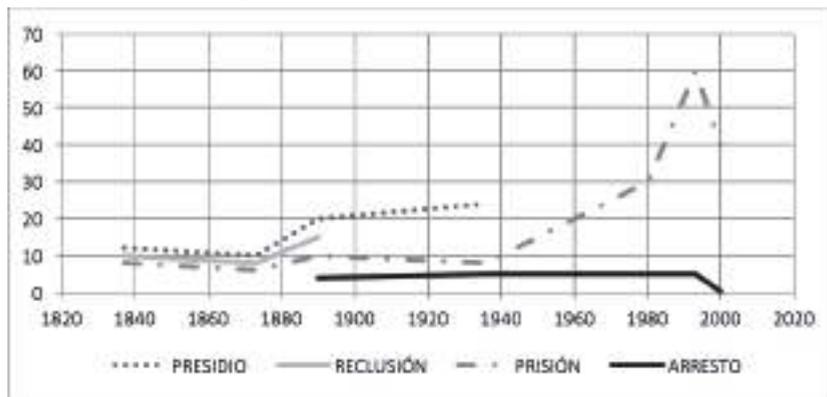
11. Siguiendo la tradición, el Código Penal limitó la duración de las penas establecidas. La prisión, a cuarenta (40) años; la multa acompañante de la prisión se fijó en el máximo de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; la multa en unidades, con un máximo de diez (10) unidades, 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.

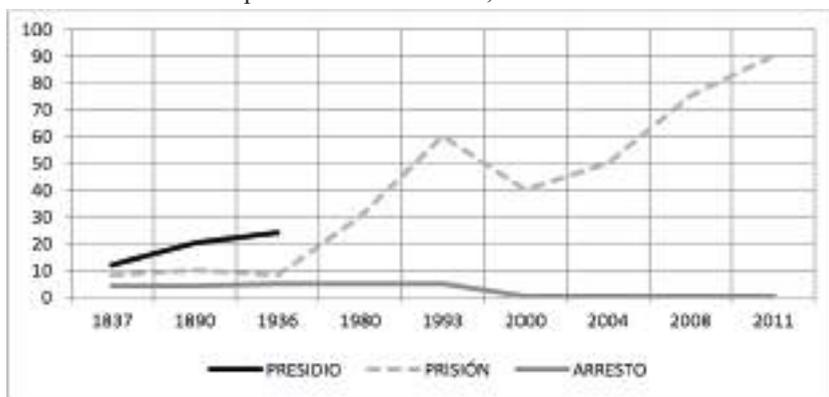
³ En este caso, la Fundación País Libre lideró la iniciativa, en consonancia con su objetivo primordial de trabajo, que es la prevención y lucha contra el secuestro y otras conductas que atentan contra la libertad personal.

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 al nacer 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 especial, 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 puede extractar 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.

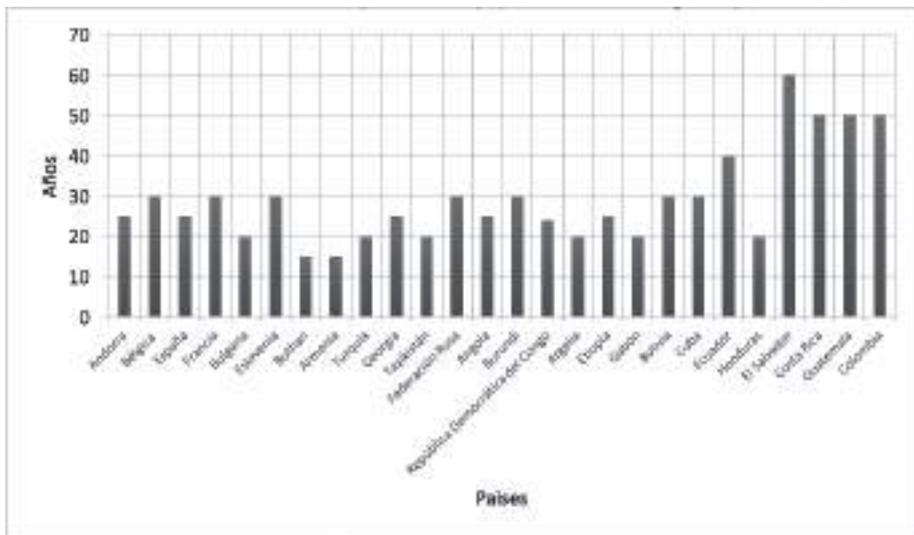
²⁶ Ley 62 de 1987. Es de anotar, además, que existe pena de muerte y prisión perpetua, pero también que la pena máxima de 30 años puede excederse en casos de circunstancias de agravación, reincidencia y concurso de delitos.

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 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 extraiga 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 estableció que “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.

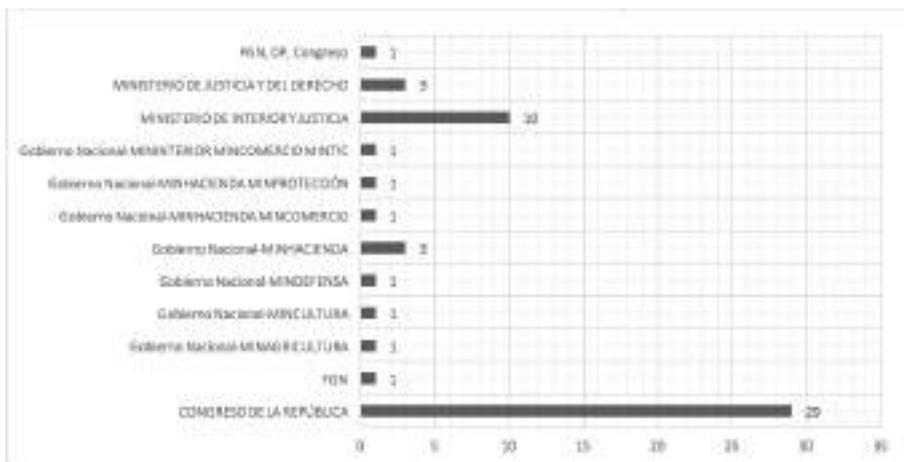
Tabla número 1. Leyes ordinarias que modifican la parte especial del Código Penal

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

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



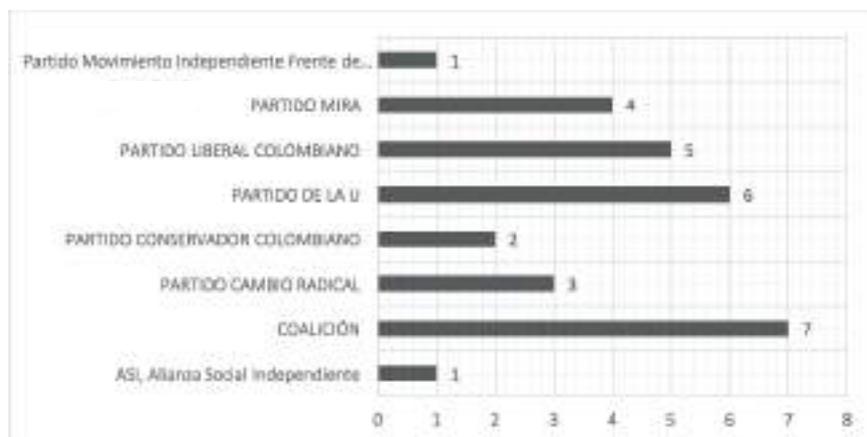
Fuente: elaboración propia

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).

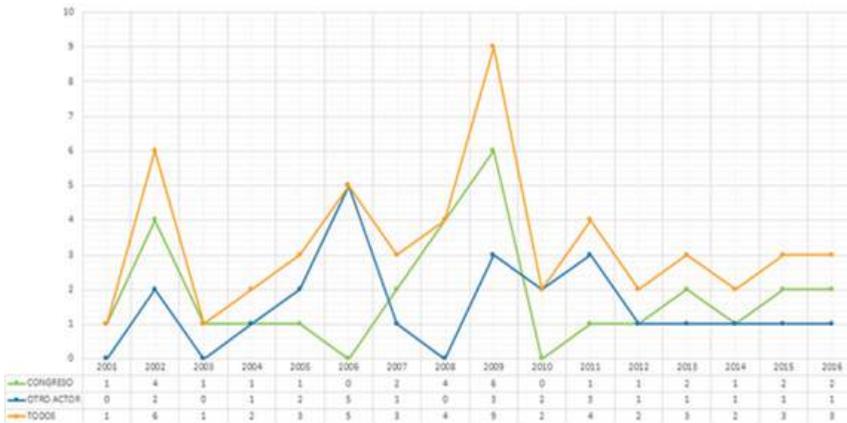
Además, en solo dos ocasiones (2006 y 2010) la iniciativa de reforma no tuvo origen en el Congreso de la República (línea verde). En el caso de los otros actores, donde el Gobierno Nacional es el protagonista, son tres ocasiones (2001, 2003 y

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



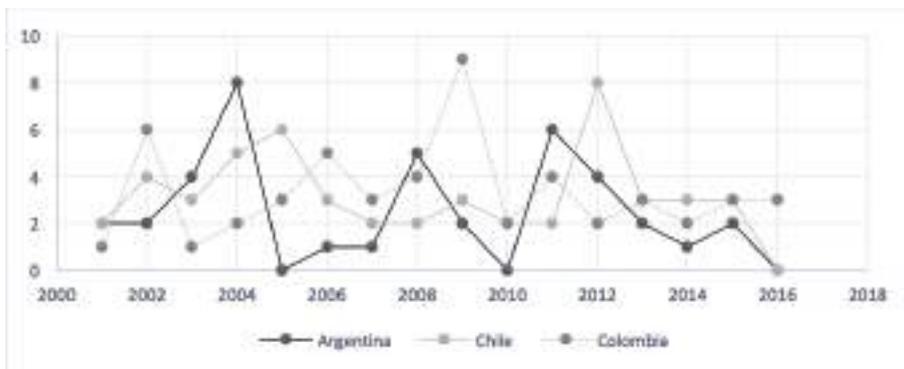
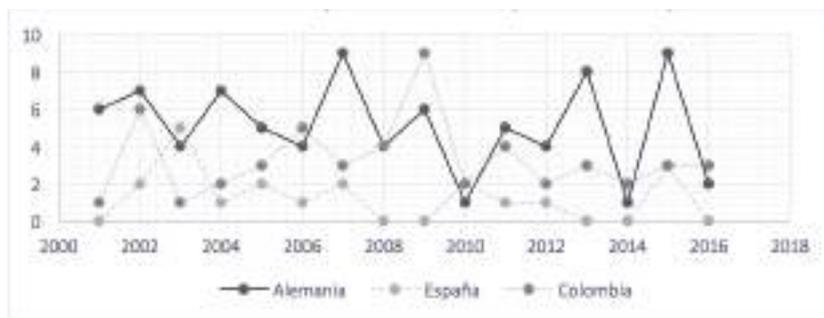
Fuente: elaboración propia

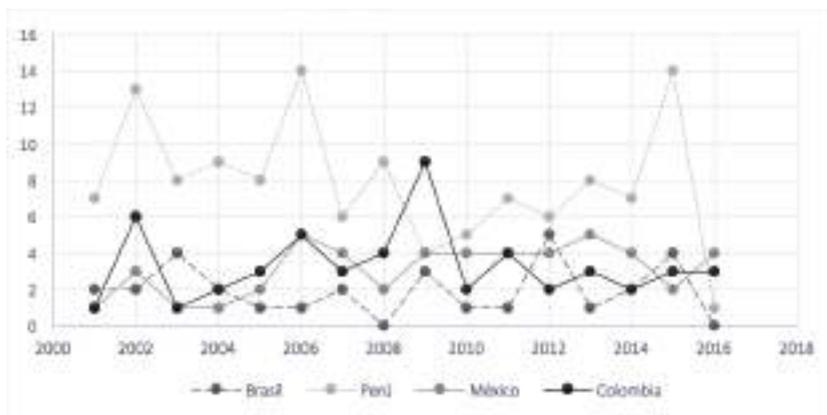
127. La situación del país, de otra parte, no resulta excepcional si se compara con otros países. En los gráficos que vienen a continuación, Colombia se comparó con tres (3) grupos y se pudo establecer que el promedio del país, de tres coma

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.secretariasenado.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 sobrevengan 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 marcaría (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 contrabandeadada, 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 inexecutable 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 período 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 2009*

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 treientos 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.