



Serie Investigación

PROBLEMAS
ACTUALES DEL
DERECHO PENAL
VOLUMEN I: 2012-2015

Fernando Velásquez Velásquez
Renato Vargas Lozano
(Compiladores)



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

PROBLEMAS ACTUALES
DEL DERECHO PENAL
Volumen I: 2012-2015

Fernando Velásquez Velásquez
Renato Vargas Lozano
(Compiladores)

Semillero de Investigación
Problemas Actuales del Derecho Penal

Grupo de Investigación en Ciencias Penales
y Criminológicas 'Emiro Sandoval Huertas'

Escuela Mayor de Derecho
Universidad Sergio Arboleda

2016



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Jornada de Semilleros de Investigación del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda (1º: 2014 ago. 15: Bogotá).

Problemas actuales del derecho penal: volumen I: 2012-2015 / Primera Jornada de Semilleros de Investigación del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, 15 de agosto de 2014; compiladores Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano – Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Escuela Mayor de Derecho. Semillero de Investigación Problemas Actuales del Derecho Penal. Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’, 2016. 243 p.

ISBN: 978-958-8987-16-3

1. DERECHO PENAL – INVESTIGACIONES - CONGRESOS, CONFERENCIAS, ETC. 2. PROCEDIMIENTO PENAL – INVESTIGACIONES - CONGRESOS, CONFERENCIAS, ETC. 3. DELITOS – INVESTIGACIONES - CONGRESOS, CONFERENCIAS, ETC. I. Velásquez Velásquez, Fernando, comp. II. Vargas Lozano, Renato, comp. 345.007 ed. 21

PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL

VOLUMEN I: 2012-2015

ISBN: 978-958-8987-16-3 (*rústica*)

978-958-8987-17-0 (*.pdf*)

© **Universidad Sergio Arboleda**

Escuela Mayor de Derecho

Fernando Velásquez Velásquez

Renato Vargas Lozano

(*Compiladores*)

Semillero de Investigación Problemas Actuales del Derecho Penal
Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas
‘Emiro Sandoval Huertas’.

Edición: diciembre de 2016.

Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio
sin previa autorización escrita del editor.

El contenido del libro no representa la opinión de la Universidad
Sergio Arboleda y es responsabilidad del autor.

Calle 74 No. 14-14

Teléfono: (571) 325 7500 ext. 2131/2260

Bogotá, D.C.

Calle 18 No. 14A-18.

Teléfonos: (575) 420 3838 - 420 2651.

Santa Marta.

www.usergioarboleda.edu.co

Edición:

Yadira Caballero Quintero

Carlos Andrés Caho Rodríguez

Director del Fondo de Publicaciones:

Jaime Arturo Barahona Caicedo

jaime.barahona@usa.edu.co

Diseño de carátula y diagramación:

Jimmy F. Salcedo Sánchez

Impresión: Digiprint.

Bogotá, D.C.

Contenido

Presentación	5
Capítulo 1	
Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo	9
<i>Laura Nataly Castillo Garay</i>	
Capítulo 2	
El feminicidio en Colombia y las vicisitudes de su tratamiento jurídicopenal.....	43
<i>Daniel Andrés Benavides Ortiz</i>	
Capítulo 3	
Libertad personal e igualdad de armas en el proceso penal ‘acusatorio’ colombiano.....	79
<i>Juliana Andrea León Arévalo</i>	
Capítulo 4	
El hacinamiento carcelario en Colombia: una revisión crítica a la respuesta estatal	113
<i>Mónica Andrea Rodríguez Vargas</i>	
Capítulo 5	
El plagio en el ámbito universitario y sus consecuencias penales	147
<i>Laura Nataly Castillo Garay</i>	
Capítulo 6	
La política criminal internacional en materia de lavado de activos y su desarrollo en Colombia.....	179
<i>Renato Vargas Lozano</i>	
Capítulo 7	
El delito de cohecho y sus manifestaciones	207
<i>Fernando Velásquez Velásquez</i>	

Presentación

Para quienes suscribimos esta presentación, el hecho de escribirla constituye un motivo de especial alegría, pues esta publicación es el resultado de las actividades de investigación desarrolladas, fundamentalmente, por los estudiantes adscritos al semillero Problemas Actuales del Derecho Penal (PADEP), en su primera cohorte. Con los trabajos aquí incluidos, cada uno de los miembros acreditó, según los estándares fijados por nuestra casa de estudios, la competencia necesaria para satisfacer sus respectivos requisitos de grado.

Las investigaciones cuyos resultados integran este libro fueron presentadas a la comunidad académica en un acto público (la Primera Jornada de Semilleros de Investigación del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda), realizada el viernes 15 de agosto del año 2014, cuando sus autores tuvieron la oportunidad de exponer las ideas centrales y las conclusiones principales de sus indagaciones, al tiempo que respondieron a las preguntas e inquietudes del público asistente. Los cuatro primeros textos son, entonces, el producto de más de dos años de intenso y dedicado trabajo de los estudiantes que, bajo nuestra dirección, profundizaron en el estudio de los saberes penales e investigaron sobre temas tan interesantes como diversos.

El primero, de autoría de Laura Nataly Castillo Garay, lleva por título *Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo*. En él, la autora concluye que la sanción penal de esos sujetos de la ley penal apenas si puede cumplir con una función meramente simbólica y propone reconducir la política pública – incluida la criminal– a la seguridad vial en general, reconociendo al derecho penal un papel bastante más discreto que el concedido

al mismo por algunos legisladores y otros tantos medios de comunicación. Al hilo de esto, se aproxima al concepto de populismo punitivo, conceptualizado a partir de cuatro características: la identificación o selección de un problema ‘de todos’, la generación de falsas ideas sobre el riesgo de victimización y el déficit de control, la presentación del derecho penal como la –única– solución al problema y la finalidad de obtener provecho electoral o de aumentar los índices de popularidad de quienes lo proponen.

El segundo, firmado por Daniel Andrés Benavides Ortiz, se denomina *El feminicidio en Colombia y las vicisitudes de su tratamiento jurídico penal*. Allí, el autor devela las –muchas– falencias técnicas de la regulación penal con la cual se ha querido enfrentar el asunto y, tras efectuar unas precisiones conceptuales fundamentales para su entendimiento, realiza una crítica aguda de la legislación colombiana actual en clave dogmática; a propósito de esto, se ocupa de los elementos objetivos y subjetivos del tipo base previsto en el art. 104A del Código Penal, así como de los tipos alternativos previstos en el art. 104B *ibídem* y de las modalidades agravadas. Todo lo anterior, sin perder de vista las importantes reflexiones de naturaleza político criminal y constitucional incluidas en el texto.

El tercero, escrito por Juliana Andrea León Arévalo, se intitula *Libertad personal e igualdad de armas en el proceso penal ‘acusatorio’ colombiano*. Allí, la autora señala que el proceso penal colombiano es uno de aquellos que pueden llamarse ‘mixtos con tendencia acusatoria’, pero que el acento acusatorio que le imprimieron las reformas constitucionales y legales de los últimos tiempos se ha desdibujado, debido a los ulteriores desarrollos legislativos y jurisprudenciales; en tal orden de ideas, tras establecer las características centrales de los modelos históricos de enjuiciamiento y de hacer un recuento de la evolución legislativa que dio lugar al modelo colombiano de procesamiento penal actual, el trabajo se centra en el análisis de lo ocurrido a propósito del régimen de libertad personal y de la igualdad de armas, aspectos –ambos– donde se evidencia con especial claridad, conforme lo indica la autora, la morigeración del carácter acusatorio del proceso colombiano.

El cuarto, a cargo de Mónica Andrea Rodríguez Vargas, tiene por nombre *El hacinamiento carcelario en Colombia: una revisión crítica a la*

respuesta estatal. En este artículo, se examina el hacinamiento carcelario en las prisiones colombianas desde sus consecuencias –el estado de cosas inconstitucional– y, sobre todo, sus causas. A partir del análisis de estos dos extremos, la autora verifica que la construcción de nuevos centros de reclusión, además de ser el eje central de la política pública en esta materia, es una respuesta ineficaz; por eso, propone centrar la atención en otras causas que también requieren atención: la incesante creación de nuevos delitos y el aumento de las penas para los ya existentes, la inaplicación de penas sustitutivas y la restricción de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la pérdida del carácter excepcional de la medida de aseguramiento de detención preventiva y, por supuesto, la congestión y la morosidad judiciales.

Un quinto escrito, de autoría nuevamente de Laura Nataly Castillo Garay, supone el fruto de su vinculación al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’, en calidad de joven investigadora, gracias a la beca pasantía que le fue concedida a tales efectos. El trabajo se intitula *El plagio en el ámbito universitario y sus consecuencias penales*; allí, se alude a dicho concepto y se identifican las hipótesis relevantes en clave penal, teniendo a la vista el art. 270 del Código de las penas y la jurisprudencia que lo desarrolla.

La publicación se cierra con dos colaboraciones de autoría nuestra: en el sexto escrito, intitulado, *La política criminal internacional en materia de lavado de activos y su desarrollo en Colombia*, se analizan las directrices político criminales nacionales e internacionales que inspiran la ‘lucha’ contra el lavado de activos, se precisan sus características principales, se exponen críticamente sus problemas más significativos y se concreta el alcance de los comportamientos típicos, prestando especial atención a la evolución experimentada por el tipo penal patrio. En el séptimo y último, denominado *El delito de cohecho y sus manifestaciones*, se examina el supuesto de hecho –o tipo penal– del delito referido y, al hilo de ello, se estudian –siempre en clave dogmática– sus diversos componentes, tanto objetivos como subjetivos, y se abordan sus respectivas consecuencias jurídicas.

Con estos dos últimos trabajos, quienes fungimos como coordinador y director del PADEP, nos sumamos a esta obra colectiva que, reiteramos,

nos llena de alegría, pero, sobre todo, de un gran orgullo al ver publicados los frutos de este semillero. A Laura, Juliana, Mónica y Daniel les deseamos muchos éxitos en sus promisorias carreras profesionales y académicas.

En Bogotá D.C., en el mes de noviembre de 2016.

Fernando Velásquez Velásquez, Director.

Renato Vargas Lozano, Coordinador.

Los conductores ebrios: entre el derecho penal y el populismo punitivo*

Laura Nataly Castillo Garay**

Resumen

La sanción penal de los conductores ebrios, al menos de la forma en que se ha propuesto en Colombia, apenas si puede cumplir con una función meramente simbólica; por ende, los esfuerzos de las autoridades públicas deben dirigirse fundamentalmente a garantizar la seguridad vial en general: mejorar las vías y su señalización, garantizar el buen estado de los vehículos y la idoneidad de sus conductores, promover la educación de los usuarios, etc. En la medida en que el rol del derecho penal en tal escenario es mucho más discreto de lo que creen –o pretenden hacer creer– algunos legisladores y formadores de opinión, cuya fórmula ‘mágica’ es aumentar las penas o crear nuevos delitos, resulta evidente que la discusión relativa a la sanción penal de los conductores ebrios constituye, una vez más, en Colombia, un ejemplo especialmente ilustrativo del llamado populismo punitivo.

Palabras clave

Conductores ebrios, sanción penal, populismo punitivo, política criminal.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Derecho penal, parte especial y legislaciones complementarias”, liderado por el Prof. Fernando Velásquez Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda.

** Miembro del semillero de investigación “Problemas Actuales del Derecho Penal”, adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’.

Introducción

Acorde con las tendencias punitivas tan comunes hoy por hoy, no es infrecuente que algunas problemáticas sociales sean sobredimensionadas –e, incluso, creadas– por los formadores de opinión y que, a causa de ello, la comunidad resulte unida en torno una especie de paranoia común acorde con la cual, cualquiera puede, en cualquier momento, convertirse en víctima de la forma de violencia de turno.

Esta sensación de inseguridad colectiva alimenta el reclamo efectuado por ciertos sectores de la comunidad (de las víctimas reales o potenciales) y de los medios de comunicación que demandan, constantemente, una mayor y más severa intervención estatal por la vía del derecho penal. Tal requerimiento suele ser atendido por algunos legisladores que encuentran en su satisfacción un medio fácil para obtener dividendos políticos, pese a que en muchos de esos casos las medidas penales no aportan nada o casi nada a su solución efectiva.

El fenómeno comentado se corresponde con lo que un grupo de especialistas denomina ‘populismo punitivo’ y uno de los temas en torno al cual éste se manifiesta con mayor fuerza en Colombia es el propio de la siniestralidad vial, en especial, tratándose de los muertos y los lesionados en incidentes que involucran conductores ebrios, asunto este que ha despertado un especial interés en los medios de comunicación y entre algunos legisladores que han liderado diversos proyectos de reforma a la ley penal.

Lo anterior, en el marco de la pretendida necesidad de una intervención más severa del ordenamiento punitivo y, según consta en la pluralidad de proyectos legislativos presentados en los últimos años referidos al tema, las opciones para lograrlo son diversas: primero, crear nuevas conductas punibles, esto es, delitos o contravenciones penales; segundo, agravar las penas previstas para los delitos ya existentes; o, tercero, restringir los beneficios procesales y/o penitenciarios a quienes lesionen o pongan en peligro –así sea abstracto– la vida, la integridad o los bienes de las personas en el ámbito concreto del tráfico rodado.

Sin embargo, un vistazo a las estadísticas en esta materia revela datos sorprendentes, como, por ejemplo, que el número de muertes debidas a la infracción de normas de tránsito o por excesos de velocidad supera, en no pocas veces, el ocasionado por la conducción en estado de embriaguez. Esto, sumado a la variedad de fórmulas contenidas en los distintos proyectos de reforma al Código Penal que se han intentado hasta ahora, permite advertir que la respuesta estatal en esta materia está lejos de expresar una estrategia político criminal predefinida o, menos aún, que responda a unos determinados objetivos.

Adicionalmente, y al hilo del repaso a las modificaciones al ordenamiento punitivo, llama la atención que de la ingente cantidad de proyectos de reforma a la ley penal presentados en los últimos años sobre esta materia, tan solo dos de ellos hayan finalizado el trámite legislativo y que, pese al afán sancionatorio característico de la generalidad de estos proyectos, en los cuales se ha llegado a proponer, incluso, que cualquier muerte ocasionada por un conductor ebrio debería enjuiciarse como un homicidio doloso eventual, las modificaciones han recaído básicamente sobre las causales de agravación del homicidio culposo y la regulación administrativa.

En consonancia con lo anterior, el objetivo de este trabajo es demostrar cómo, pese a que en Colombia las muertes y las lesiones causadas por los conductores ebrios son efectivamente un problema que debe atenderse y cuya gravedad no conviene minimizar, ocurre que la forma en que algunos sectores de la sociedad civil y otros cuantos actores públicos vienen manejado el tema, ha dado lugar a un claro ejemplo de populismo punitivo y, por ende, las soluciones penales ofrecidas únicamente pueden, en definitiva, apaciguar de forma pasajera el reclamo social de una intervención estatal mucho más efectiva y, con mayor razón, cuando las mismas no responden a unas políticas articuladas y coherentes.

Acorde con lo expuesto, las líneas ulteriores se ocupan, en primer lugar, de precisar el sentido que cabe dar a la expresión populismo punitivo, identificando sus rasgos más generales a partir de su definición, la precisión de sus características fundamentales y la relación de sus principales efectos.

Luego, en segundo lugar, el escrito se concentra en explicar cómo se manifiesta el fenómeno anterior, vale decir, el populismo punitivo, en el ámbito de la Seguridad Vial en Colombia. En tal virtud, se examina el fenómeno de la ‘inseguridad vial’ precisando su magnitud y sus principales causas, así como las diferentes propuestas sugeridas para responder al mismo y, en clave crítica, su eficacia; al hilo de esto, se demostrará por qué el tratamiento dado a este problema con base en el recurso a los instrumentos penales constituye un ejemplo de populismo punitivo, al constatar cómo es posible advertir todas las características de este último en el ámbito concreto analizado.

Al final, conforme es habitual en estos trabajos, se destinan dos apartados independientes a, por un lado, la presentación general de las conclusiones de la investigación y, por el otro, a la relación de las fuentes citadas a lo largo del documento.

El populismo punitivo

El concepto ‘populismo’ es una expresión polisémica utilizada por primera vez y de forma común, para denominar una pluralidad de fenómenos políticos ocurridos durante el siglo XIX que estaban asociados, principalmente, con movimientos independentistas (como fue el caso de las colonias americanas) o provenientes del campesinado y de las clases menos favorecidas que buscaban participación política (Fernández, 2006, p. 14).

Por cuanto mira con sus significados, se ha dicho que comporta un modo de ‘construcción de la política’, a través de la legitimación de un discurso, hecha por el pueblo y que puede presentarse en cualquier modelo político sin tener en cuenta su ideología (Gutiérrez, 2011, p. 151), aunque no faltan quienes lo asocian directamente con los sistemas democráticos (Fernández, 2006, p. 17).

A las concepciones anteriores se oponen aquellas otras que le confieren un sentido negativo a la expresión, bastante generalizado en la actualidad, acorde con el cual se la entiende como una forma de movilización sociopolítica por la que las ‘masas atrasadas’ son sometidas a prácticas manipuladoras y de engaño por ‘líderes carismáticos’, a través de un

programa ‘demagógico’ (Groppo, 2004, pp. 41-42) o como un “clientelismo organizado en redes en las que se intercambian favores políticos por votos, histrionismo y pirotecnia verbal en el estilo de hacer política” (Gutiérrez, 2011, p. 152).

Ahora bien, en lo que los autores no discrepan es en punto de la existencia de una relación directa entre el llamado populismo y la política y, por esta vía, del primero con la política criminal. Es en este contexto que surge el populismo punitivo, entendido de manera amplia como la incidencia populista –acorde con su acepción negativa– en el diseño de la política criminal; este último parece ser el sentido en el que se viene empleando esta fórmula en Colombia (Giraldo, 5 de octubre de 2013; Flórez, 19 de abril de 2014) y tal es, por cierto, el uso dado a la expresión a lo largo de este escrito.

Una vez efectuada esta aclaración, debe reiterarse que las problemáticas de orden social que resultan sobredimensionadas o, incluso, creadas, por los formadores de opinión (sobre todo, por cuenta de los medios de comunicación o de algunos legisladores) son variadas y también es bastante frecuente que, a causa de ello, la comunidad termine padeciendo de una especie de paranoia colectiva de inseguridad, de zozobra grupal, acorde con la cual todos sus miembros son víctimas potenciales de la violencia de turno y que esta última solo puede enfrentarse, debido a su gravedad, mediante la intervención del derecho penal.

De esta forma, la creación de nuevos delitos, el aumento de las penas, el endurecimiento de las condiciones penales y penitenciarias o la restricción de los derechos tanto de los procesados como de los condenados, son las propuestas que suelen acompañar los discursos populistas (Garland, 2007, p. 37), de quienes sugieren la intervención penal como una solución.

Lo anterior describe, en líneas generales, las principales notas del llamado ‘populismo punitivo’, cuyo surgimiento puede ubicarse en los años 80 del siglo pasado y que propone un giro en la orientación tanto de la política criminal de los Estados (Fernández & Tarancón, 2010, p. 2), como de la legislación penal; una y otra dejan de ser el producto de una reflexión orientada al bien común para convertirse en el resultado de intereses oportunistas, casi siempre asistemáticos e inconexos, enarbolados por quienes

saben que ‘endurecer el sistema penal’ es la mejor forma de atender esa demanda colectiva de seguridad y de obtener, por dicha vía, réditos electorales (Muñoz, 2009, pp. 13-15).

Sus características

En cuanto a sus características, pueden señalarse cuatro rasgos fundamentales: (i) la identificación o selección de un problema ‘de todos’, (ii) la generación de falsas ideas sobre el riesgo de victimización y el déficit de control, (iii) la presentación del derecho penal como la –única– solución al problema y (iv) la finalidad de obtener provecho electoral o aumentar los índices de popularidad por parte de quienes lo proponen.

Vale resaltar que las notas anteriores están estrechamente relacionadas entre sí, en tanto cada una de ellas resulta ser la causa o el efecto de las otras; de esta forma, no es posible efectuar divisiones estrictas entre ellas y, por consiguiente, la segmentación indicada solo tiene un propósito meramente explicativo.

Esto dicho, el primero alude a la idea según la cual ese problema, que se ha creado previamente o que ha sido sobredimensionado, concierne a todos (Muñoz, 2009, p. 30); a tal estado de cosas se llega, por un lado, simplificando el lenguaje usado para informar o denunciar esa concreta problemática social, haciéndola asequible a todos los miembros de la comunidad y, por otro, difundiéndola con insistencia a través de los medios de comunicación que la convierten en el tema de moda e informan sobre ella con titulares e imágenes de gran impacto, no siempre fieles a la realidad, que contribuyen a crear o exacerbar una –falsa– conciencia colectiva de inseguridad.

Sobre dicho temor social se afincan las consiguientes demandas sociales de una mayor seguridad y de una intervención estatal más efectiva y severa.

La segunda particularidad tiene que ver con las ideas erróneas relativas al riesgo de victimización y al correlativo déficit de control estatal (Martínez, 2008, p. 190): en cuanto a lo primero, la sensación colectiva de inseguridad se explica por el hecho de vivir en una sociedad de riesgos (Beck, 2006; Becerra, 2013, p. 69) y vulnerable, donde los ciudadanos son, todos y cada

uno, víctimas potenciales (Silva, 2011, p. 46) que temen convertirse en presas de la violencia de turno.

Adicionalmente, conviene tener presente que, dentro de un escenario populista, las víctimas –reales o potenciales– son invocadas una y otra vez para justificar medidas de segregación punitiva y que, en el marco de estos discursos, lo más frecuente es que aquéllas o sus familiares apoyen a los legisladores o que, en ocasiones, las leyes lleven el nombre de alguna de las víctimas (Garland, 2007, p. 217).

En lo atinente a lo segundo, la percepción colectiva de inseguridad se corresponde con el deseo de una intervención estatal contundente, mucho más cuando se denuncian la falta de atención de las autoridades al asunto o la lenidad de las medidas adoptadas en estos casos; por ello, en el imaginario colectivo queda la idea de que la problemática respectiva no recibe una atención adecuada y que dicho estado de cosas debe revertirse.

La tercera nota tiene que ver con el papel que le cabe al derecho penal en este escenario, que se presenta como la –única– solución al problema, en el entendido que las normas penales contribuyen, acorde con la función simbólica que se les reconoce, a reforzar el consenso moral existente en la sociedad (Larrauri, 2006, p. 20) y que la reclusión del agresor en prisión durante largos periodos bajo un régimen carente de beneficios es el mejor de los castigos y, probablemente, el único adecuado.

El comentado es, seguramente, el más importante de todos los rasgos asociados al populismo punitivo, en tanto este último se caracteriza por el recurso al instrumento penal para resolver problemas sociales, lo cual desdibuja el carácter de *ultima ratio* reconocido al ordenamiento punitivo, así como sus notas de fragmentariedad y subsidiariedad. A lo anterior se suma la flexibilización que sufren las garantías procesales, las cuales sucumben ante la primacía de algunos valores de la seguridad ciudadana y de la represión introducidas por las leyes sustantivas (Moreno & Cortés, 2011, p. 45).

Por último, la cuarta característica hace referencia a la finalidad que anima a buena parte de quienes insisten en acudir al sistema criminal, en el sentido de obtener réditos electorales o aumentar sus índices de popularidad,

gracias a la instrumentalización del derecho penal (Larrauri, 2006, p. 15): modificar la ley penal es bastante más barato que poner en marcha políticas educativas o preventivas de más largo aliento y responder duramente a las causas de la alarma social produce un impacto positivo –y rápido– entre los votantes, quienes verán a los políticos y gobernantes comprometidos con la resolución inmediata de sus necesidades (Borja, 2011, p. 110).

Sus efectos

Tratándose de los efectos del populismo punitivo, los autores coinciden en que los mismos no pueden ser sino negativos, en tanto aquél se funda en el temor social y se alimenta de una realidad distorsionada, bien porque se crean problemáticas sociales que realmente no existen o, bien, porque las existentes son sobredimensionadas.

Enfocarse en la respuesta meramente penal, no solo transgrede los principios e instituciones propios del Estado de Derecho, sino que, (i) exonera de su cuota de responsabilidad a otros actores y gestores de las políticas públicas, (ii) genera un déficit de seguridad jurídica (Velásquez, 2013), (iii) instrumentaliza en clave política al Derecho penal (Riveras, 2005, p. 53), (iv) provoca la proliferación de leyes que se caracterizan por una baja calidad en su técnica legislativa y (v) coadyuva a la desarticulación de la política criminal legislativa (Díez, 2008, p. 1), pues, este giro punitivo y la encarcelación masiva derivada del mismo, arraiga la idea de que la prisión funciona, obstaculiza la integración y el orden sociales e ignora los efectos políticos, sociales y culturales de las políticas punitivas (Garland, 2007, p. 39).

A propósito de su impacto sobre la política criminal, es importante tener presente que las consecuencias para esta última son bastante preocupantes, pues la generalización del populismo punitivo la diluye hasta el punto de negarla y, como pasa a indicarse, las razones que sustentan lo afirmado son variadas.

En primer lugar, el populismo punitivo contraría el principio de eficiencia del derecho penal, el cual surge de la definición misma de política criminal en sentido estricto, que la identifica con la ciencia que estudia cómo

configurar el derecho penal de la forma más eficiente para que cumpla con su fin de protección social (Velásquez, 2013a, p. 23). Dicha eficiencia solo se logra si la intervención punitiva trae un beneficio social (prevención de conductas lesivas) mayor al coste que constituye (limitación de los derechos y las libertades de los ciudadanos) y logra la evitación del delito como acto ineficiente (Silva, 1996, p. 106).

Pero el populismo punitivo contraría el fin de protección social del derecho penal, en tanto lo emplea para enfrentar problemas inexistentes o sobredimensionados y, además, disminuye su eficiencia porque el beneficio social cede frente al beneficio particular de quien instrumentaliza el sistema punitivo para obtener ventajas políticas o aumentar sus índices de popularidad.

En segundo lugar, desconoce los principios de *ultima ratio* y de necesidad, acorde con los cuales el derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, que han de ser los más preciados, siempre y cuando no exista otra forma de intervención menos lesiva (Carnevali, 2008, p. 13).

A causa del populismo punitivo, la política criminal se somete a una prueba que difícilmente superará, ya que debe ocuparse de ‘resolver’ problemas inexistentes, sobredimensionados o que, aceptando su existencia, podrían solucionarse haciendo uso de otras herramientas (Díez, 2013, p. 35) tales como las educativas, las preventivas y las sancionatorias de carácter no penal.

Por último, es importante advertir que lo expuesto hasta ahora en punto del populismo punitivo no se corresponde necesariamente con lo acontecido a propósito de la llamada seguridad ciudadana; sin embargo, pese a que ambas pueden llegar a tener puntos comunes, es preciso hacer algunas precisiones.

La seguridad ciudadana propone, en cuanto objeto de protección del derecho penal, nuevos retos a la política criminal, pues su tutela comporta nuevas técnicas de tipificación que riñen con los principios de (i) legalidad y de estricta tipicidad –tipos penales en blanco, abiertos o

de omisión impropia—, tanto a la hora de la creación de los delitos como de su aplicación a casos concretos o (ii) antijuridicidad material —los bienes jurídicos intermedios espiritualizados y los delitos de peligro—, todo lo cual vendría sumado a la incorporación de nuevas reglas relativas al aumento del riesgo (Cita, 2012, p. 69).

En la medida en que el derecho penal contemporáneo debe ser el producto de una política criminal que responda a las necesidades sociales actuales (Riveras, 2005, p. 36), la idea de salvaguardar la seguridad no resulta excesivamente escandalosa, aunque debe quedar claro, con todo lo que ello implica, que las normas penales orientadas a la tutela de la seguridad no protegen bienes jurídicos en sentido amplio, sino expectativas de un estado de cosas considerado valioso (Paredes, 2006, p. 131).

Aunque las políticas de la seguridad a las cuales viene de hacerse referencia no están vinculadas inexorablemente al populismo punitivo, lo cierto es que ambas pueden encontrarse cuando se exacerbaban el temor social y la sensación de inseguridad colectiva, que son notas comunes a las dos; en tales casos, las medidas penales adoptadas en el marco de las políticas propias de la seguridad y del populismo punitivo tendrán en común el hecho de girar en torno a la inseguridad y al miedo común (Díez, 2013, p. 76).

A tono con lo anterior, es preciso diferenciar entre la inseguridad real y la percepción de inseguridad (Paredes, 2006, p. 132), teniendo en cuenta que en el primer caso se trata de algo real u objetivo, mientras que en el último se está frente a una reacción social, claramente subjetiva, asociada a la idea sobre el posible riesgo de victimización y el temor a los delincuentes que, en el marco del populismo punitivo examinado, son despojados de su calidad de seres humanos (calificándolos de bestias, predadores o enemigos) y acusados de ser un mal social que amenaza a los buenos ciudadanos.

La reforma al Código Penal colombiano a propósito de la (in)seguridad vial: un ejemplo de populismo punitivo

En Colombia, el populismo punitivo se manifiesta en plurales ámbitos que remiten a un número igualmente variado de problemáticas sociales, pero en los últimos años la situación descrita se ha manifestado con particular

fuerza tratándose de la seguridad vial. Por esta razón, las siguientes líneas se destinan al examen del fenómeno de la inseguridad vial en Colombia, de las propuestas sugeridas para responder a la misma y, por último, de su eficacia; todo esto, con el ánimo de demostrar por qué este tema constituye un ejemplo de populismo punitivo, conforme se sugiere en el título del presente acápite.

La ‘inseguridad vial’ como un problema de todos y el riesgo de victimización

La siniestralidad vial constituye una preocupación nacional e internacional, tanto por el costo económico que se deriva de la misma como por la cantidad de víctimas que deja; las cifras son alarmantes en ambos casos.

En cuanto a lo económico, la Organización Mundial de la Salud señala que el costo de los choques y de las lesiones causadas por el tránsito, se estima, a nivel mundial y sin tener en cuenta los costos irrogados para las familias, en 518.000 millones de dólares anuales. En términos del Producto Nacional Bruto (PNB), se dice que ascienden al 1 % en los países de bajos ingresos, al 1,5 % en los de medianos ingresos y al 2 % en los de altos ingresos (Organización Mundial para la Salud [OMS], 2004).

Respecto de las consecuencias para la vida y la integridad de las personas, el costo es aún más elevado: las cifras anuales en el ámbito mundial rondan los 1,2 millones de muertos en accidentes de tránsito y los 50 millones de lesionados en las mismas circunstancias. Esto explica que la accidentalidad vial haya sido considerada un verdadero problema de salud pública (Cabrera, Velásquez & Valladares, 2009).

Ahora bien, el caso colombiano no es menos preocupante: según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el promedio de muertes diarias producto de accidentes de tránsito ocurridas entre el 2002 y el 2011 llegó a 16, mientras que el de lesiones alcanzó las 111 en el mismo lapso. Lo anterior arroja un total de 56.686 muertos y 404.018 lesionados en dicho periodo.

En 2011, los más afectados fueron los motociclistas (que aportaron un total de 1.977 muertos y 13.682 lesionados), seguidos por los peatones

(con 1.687 muertos y 9.756 lesionados), los pasajeros (con 1.188 muertos y 10.896 lesionados), los conductores (con 431 muertos y 3.255 lesionados) y, cierran esta lista, los ciclistas (con 346 muertos y 2.210 lesionados) (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2002-2011, p. 273).

El pasado 2012, por su parte, presentó la cifra de víctimas más alta del periodo 2002-2012, con un total de 45.592 casos de lesiones y muertes por accidentes de transporte, distribuidos en 39.440 lesionados y 6.152 fallecidos (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, p. 353).

A la vista de semejantes datos, no extraña a nadie que la accidentalidad vial se posicione como la segunda causa de muertes violentas a nivel nacional, después del homicidio, y la tercera fuente de lesiones personales o traumatismos, tras las lesiones interpersonales e intrafamiliares. En este mismo orden de cosas, cabe resaltar que, en 2010, por ejemplo, los accidentes de tránsito se convirtieron en la primera causa de muerte de niños entre 5 y 14 años (Contraloría General de la Nación, 2012, p. 6).

La cuestión, que ya es bastante grave de suyo, se hace mucho más preocupante cuando se repara en el alto número de muertes y de lesiones causadas por conductores borrachos: en 2011, y según el Informe Anual del Instituto de Medicina Legal, cinco personas fueron víctimas de conductores ebrios diariamente; en total, 146 muertos y 1.725 heridos (Proyecto de Ley 080 de 2012).

A la vista de semejante panorama, no resulta para nada extraño que los medios de comunicación hagan de esta problemática un asunto recurrente en sus ediciones y que la registren casi a diario; de hecho, son habituales las notas de prensa en las cuales se informa sobre muertos o heridos en accidentes de tránsito, así como los informes periodísticos, basados en datos oficiales, donde se advierte sobre la muerte de un peatón cada 6 horas (Guevara, 16 de enero de 2012), la existencia de una víctima de carros fantasmas cada 9 horas (Serrano, 27 de enero de 2013), de un muerto por accidente de tránsito en Bogotá cada 15 horas (Guevara, 13 de febrero de 2013) o, en fin, que la capital se mueve a 6 'choques' por hora (El Tiempo, 22 de febrero de 2013).

Como es natural, esta información viene acompañada de graves y severos reproches para quienes conducen embriagados, drogados o a velocidades excesivas, o pretenden librarse de los controles realizados por las autoridades respectivas (El Tiempo, 15 de julio de 2012) o que no observan el cuidado necesario en el transporte de pasajeros, pero en especial de niños y escolares (El Tiempo, 1º de abril de 2013; El Espectador, 28 de enero de 2013).

Lo sangrante de la problemática comentada, su difusión masiva por los medios de comunicación y las campañas, tanto públicas como privadas, encaminadas a prevenir y reducir los índices de siniestralidad vial, han servido para concienciar a la opinión pública sobre la gravedad de la situación y la correlativa necesidad de tomar medidas de verdad eficaces para contrarrestarla. La (in)seguridad vial es, sin duda, un problema muy serio que debe enfrentarse sin demora con instrumentos idóneos y los responsables de la muerte o la lesión de otros deben, atendida la gravedad de esas consecuencias, castigarse de forma ejemplar cuando el resultado sea consecuencia de su comportamiento irresponsable.

El déficit de control y la reforma al Código Penal como solución al problema

Las cifras señaladas antes sugieren que si algo así está ocurriendo, es porque algo está fallando: a la vista de semejantes cifras, queda claro que los instrumentos sociales y, sobre todo, los estatales, de control, no están funcionando bien, por lo cual es menester replantear la forma en que viene interviniéndose en esta cuestión.

En este sentido, las denuncias reiteradas sobre la ineficacia de los mecanismos administrativos de control relativos a los requisitos legales para circular (Chacón, 24 de octubre de 2012) o al cumplimiento de las sanciones (El Tiempo, 20 de febrero de 2013), no parecen dejar otra opción diferente que acudir al derecho penal y a sus penas privativas de la libertad, a su poder motivador o disuasivo y a su severidad, para combatir la “violencia vial” (Córdoba, 4 de febrero de 2013) y dar su merecido a los “borrachos asesinos” (Bejarano, 4 de agosto de 2012).

Haciéndose eco de esta necesidad de enfrentar la inseguridad vial, algunos políticos han propuesto reformar la legislación penal para hacerla más útil; a tales efectos, han difundido en el recinto del Congreso, pero sobre todo a través de los medios, la idea de que solo la cárcel frenará a los conductores ebrios (Valbuena, 14 de julio de 2012) y que la solución al problema está en más y mejor derecho penal. Como consecuencia de lo anterior, ha tenido lugar un frenesí legislativo entre los años 2007 y 2013 que da cuenta de más de una decena de proyectos de ley sobre el particular y de los cuales, por cierto, apenas dos terminaron convertidos en leyes de la República (Castillo & Vargas, 2013).

Si bien todos los proyectos aludidos comparten la idea de reformar la legislación penal para resolver la problemática social referida, el sentido de las modificaciones concretas sugeridas en cada uno de ellos no siempre coincide; sin embargo, las diversas variantes pueden agruparse en torno a tres fórmulas que no necesariamente son excluyentes entre sí: la primera, es la relativa a crear nuevos delitos o contravenciones penales para sancionar, de forma independiente, conductas como las de conducir bajo el influjo de bebidas alcohólicas o de sustancias psicotrópicas o infringiendo alguna norma de tránsito (proyectos de Ley 009 de 2008 y 253 de 2011).

La segunda, consiste en agravar las penas para los delitos ya existentes de homicidio y lesiones culposos, ya sea de modo general o, bien, convirtiendo la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas o de sustancias psicotrópicas, a velocidades excesivas o de modo irresponsable o la infracción de alguna norma de tránsito, en causas de agravación específica para los delitos mencionados anteriormente (proyectos de Ley 270 de 2007, 009 de 2008, 50 de 2008 o 110 de 2010).

La tercera, es la de hacer más gravosas las condiciones procesales y penitenciarias de quienes son procesados o condenados por hechos sucedidos en las circunstancias examinadas, imponiéndoles un régimen procesal y penitenciario más severo: la detención preventiva sin posibilidad de cumplirse en el domicilio del procesado antes de proferirse una sentencia condenatoria o la imposibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de la pena, son ejemplos de ello (Proyecto de Ley 206 de 2011).

Conviene tener en cuenta que las únicas reformas efectivamente realizadas al Código Penal al hilo de esta problemática (dos en total), se han producido sobre las causales de agravación del homicidio culposo, lo cual viene siendo, por cierto, la constante en esta materia (así, las leyes 1326 de 2009 y más recientemente la 1696 de 2013); asimismo, es importante tener presente que en la última de las mencionadas se proponía una modificación drástica del estatuto punitivo que terminó, luego de surtidas las discusiones parlamentarias respectivas, decantándose por las medidas administrativas. Lo dicho en precedencia aporta, por supuesto, un elemento significativo al análisis de la cuestión en comento, sobre el cual se advertirá más adelante, al hilo de las conclusiones.

¿Por qué se trata de un ejemplo de populismo punitivo?

La gravedad inobjetable de las cifras, la difusión que hacen los medios de comunicación de las mismas y las campañas realizadas por instituciones nacionales –públicas y privadas– e internacionales, han generado conciencia suficiente en la colectividad sobre las necesidades de reducir los índices de siniestralidad y sancionar drásticamente a los conductores temerarios y negligentes.

Dado que todos los miembros de la comunidad, sus familiares y sus amigos, son usuarios de las vías, en tanto son indistintamente conductores, pasajeros o peatones, no caben dudas que la problemática comentada toca de forma directa o indirecta a todos sus integrantes, quienes pueden ser víctimas de una de esas bestias asesinas que son los conductores ebrios en cualquier momento: se trata, en consecuencia, de un problema que concierne a todos en general.

Si a lo indicado en el párrafo anterior se une la idea de que hay un déficit de control, acorde con el cual los mecanismos administrativos se revelan ineficaces y las normas penales demasiado benignas, la necesidad de reformar el Código Penal surge como una alternativa indiscutible: las soluciones implementadas hasta ahora no han permitido enfrentar el problema convenientemente y la situación se ha hecho tan grave e intolerable que se necesita acudir al medio más severo de control con que cuenta el Estado, cual es, el derecho penal.

Naturalmente, asumir como propia la bandera de las víctimas –reales o potenciales– en temas como este, genera empatía entre la comunidad y sus líderes –políticos y de opinión–, quienes se muestran en sintonía con los reclamos sociales; en realidad, ¿quién no estaría de acuerdo con castigar a los conductores ebrios y mucho más si causan la muerte de alguien conduciendo en ese estado? Tanto los réditos electorales como el efecto de popularidad inherentes al hecho de ponerse del lado de las víctimas –que serían todos los individuos que integran la comunidad– y mostrarse favorable a sancionar –más– severamente a los victimarios, parecen evidentes.

Ahora bien, si todo lo anterior está tan claro, por qué se afirma que este supuesto ilustra un caso de populismo punitivo. Esta pregunta debe responderse teniendo en cuenta que, primero, los datos que se han suministrado no enseñan la real dimensión de la problemática examinada y, segundo, el derecho penal no es, en verdad, un instrumento idóneo para atenderla, por más que pueda llegar a hacer parte del conjunto de medidas susceptibles de ser adoptadas.

Respecto de lo primero, vale decir, la real dimensión de la problemática examinada, es cierto que los números de muertos y heridos a causa de la siniestralidad vial son alarmantes, pero no deja de llamar la atención que en los análisis poco –o más bien nada– se diga sobre los estudios realizados por el Fondo de Prevención Vial colombiano, donde se sugiere que los muertos por cada 10 mil vehículos se han reducido significativamente, pasando de 10,4 en 2007 a 6,8 en 2012 (Fondo de Prevención Vial, 2013, p. 33) o que las muertes en este ámbito han decrecido durante los años 2003 y 2010 (Fondo Nacional de Prevención Vial y Universidad de Los Andes, 2010, pp. 20 y ss.).

En un sentido similar, el Plan Nacional de Seguridad Vial expresamente deja constancia que las muertes en accidentes de tránsito estuvieron bajo control y que, de hecho, se estancaron en el periodo 2003-2010 (Ministerio de Transporte, 30 de marzo de 2012).

Adicionalmente, conviene tener presente que el problema de la accidentalidad vial no se circunscribe solamente a los conductores ebrios, ya que, en varias ocasiones, desobedecer las normas de tránsito o circular a veloci-

dades excesivas aporta un número significativo de víctimas, incluso mayor al de los conductores ebrios y que la imprudencia de los motociclistas o de los peatones también hace lo propio (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012).

Por cuanto mira con lo segundo, esto es, la incapacidad del ordenamiento punitivo para atender esta problemática, debe advertirse que las normas penales no son el medio más idóneo para obtener una mayor seguridad vial o erradicar a los conductores ebrios: a lo primero, probablemente contribuya más adecuar las vías y optimizar su señalización, mientras que, para lo segundo, resulta más provechoso organizar mejores controles administrativos y valerse de los recursos tecnológicos del caso, así como reforzar e insistir en las campañas educativas.

Desde luego que las sanciones penales bien pueden acompañar esas otras iniciativas, pero no pueden ser las principales ni, mucho menos, las únicas; además, cuando se acude al ordenamiento punitivo, ello debe hacerse en el marco de una política pública y, sobre todo, criminal, que sea coherente y no de la forma tan desordenada e inconexa en que se ha hecho hasta ahora en Colombia.

En efecto, la pluralidad de propuestas y sus muy diversos sentidos permiten indicar que las iniciativas carecen, salvo por su origen, de una conexión clara y que no responden a una política criminal estatal articulada. Esto se evidencia claramente en las pobres exposiciones de motivos que acompañan a la mayoría de los proyectos, al igual que en la falta de acuerdo sobre cuestiones fundamentales tales como el bien jurídico protegido (¿la vida, la integridad personal, la seguridad pública, la seguridad vial?), las eventuales conductas penalmente relevantes, su inclusión como delitos nuevos o agravantes de los preexistentes o, de la mano de lo anterior, si han de tener naturaleza delictual o contravencional (Vargas, 2013).

Lo anterior se explica, en buena medida, porque el derecho penal, en este contexto de inseguridad, preocupación y miedo al delito (Soto, 2005, p. 4), se inserta sin muchos problemas en el ámbito de los llamados modelos de seguridad ciudadana (Díez, 2007, pp. 69 - 100) que se basan en las políticas de tolerancia cero (Muñoz, 2005, p. 1), a tono con los cuales

al ordenamiento punitivo le corresponde un papel fundamentalmente preventivo y educativo, en desmedro de su tradicional carácter de *ultima ratio* (Sánchez, 2011, p. 35) y de sus notas de fragmentariedad y de subsidiariedad.

Conclusiones

En esta materia, el derecho penal apenas está llamado a cumplir una función meramente simbólica y tan solo puede ofrecer una sensación de tranquilidad inmediata y, probablemente, pasajera, en tanto no supone una solución real y efectiva al problema que pretende resolver (Sánchez, 2011, p. 13).

La anterior afirmación se basa, de forma resumida, en las siguientes consideraciones: en primer lugar, si bien las cifras de muertos y heridos son escalofriantes, no es menos cierto que un porcentaje importante de las víctimas, en especial los motociclistas y los peatones, contribuye de manera decisiva con su actuar imprudente a la producción del resultado (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2002-2011).

En segundo lugar, los datos oficiales sugieren que el problema de la accidentalidad vial no se circunscribe solamente a los conductores ebrios: además de la imprudencia de motociclistas y peatones, deben considerarse variables tales como la conducción a velocidades excesivas o la infracción de las normas de tránsito que aportan un número también significativo de víctimas a la estadística que, en ocasiones, supera el atribuido a los conductores en estado de embriaguez. Para resolver el problema es imprescindible incluir todas las posibles variables y hacerlo en su real dimensión, pues sesgar el análisis no contribuye en nada a su solución.

En tercer lugar, no basta con introducir normas penales, es preciso que las mismas puedan ser aplicables: al respecto, es preciso advertir que no es fácil sortear algunos problemas probatorios vinculados a la demostración de estas conductas, por ejemplo, (i) la conducción a velocidades excesivas debe hacerse acudiendo a instrumentos tales como radares o fotografías que no permiten, en la mayoría de los casos, identificar al conductor del vehículo o (ii) la prueba de la ingesta de bebidas embriagantes o del consumo

de sustancias alucinógenas presupone una colaboración activa del infractor, no siempre fácil de lograr y que suscita grandes dudas sobre su constitucionalidad (Vargas, 2013).

Debido a circunstancias como las expuestas, cabe esperar que los índices de impunidad se mantengan relativamente altos, pues no puede olvidarse que el derecho penal y el procesal penal conforman una unidad política y jurídica con fines comunes (Maier, 2002, p. 145).

En cuarto lugar, si se parte de la gravedad que se le atribuye a las conductas examinadas, lo lógico es que el derecho penal responda en estos casos con penas privativas de la libertad; no obstante, el sistema penal colombiano, agobiado y colapsado ya por su falta de recursos humanos y logísticos suficientes, no puede satisfacer dicha demanda.

En efecto, teniendo en cuenta que, por un lado, en un fin de semana ordinario pueden llegar a sancionarse 250 conductores por conducir en estado de ebriedad (El Espectador, 8 de septiembre de 2012) o que durante uno con un día festivo dicha cantidad bien puede cuadruplicarse (El Espectador, 1º de enero de 2013), los cálculos oficiales estiman que si la conducción en estado de embriaguez fuera convertida en un delito, sería necesario incorporar, por lo menos, unos 300 fiscales adicionales e invertir más de 100.000 millones de pesos anuales (Semana, 2013) solo para atender este frente.

Por otro lado, no puede olvidarse que el hacinamiento carcelario supera actualmente el 54,7 % a nivel nacional (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], 2014), que la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en las prisiones (sentencias T-153 de 1998, T-296 de 1998 y T-1096 de 2004) y que algunos jueces prohibieron el ingreso temporal de reclusos a algunas de las penitenciarías más importantes del país (sentencias de tutela 2012-4075 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, Sala Jurisdiccional Disciplinaria del 07 de febrero de 2013; 2013-0016 del Juzgado 56 Penal del Circuito Programa O.I.T. y 2013-00130 del Tribunal Superior de Medellín, Sala sexta de Decisión Laboral, del 04 de marzo de 2013).

Conforme puede intuirse, el asunto no es tan sencillo como reformar el Código Penal para introducir un delito que sancione con una pena privativa de la libertad a quien conduce en estado de embriaguez o bajo el influjo de sustancias alucinógenas, pues los datos apuntados sugieren que ello ahondaría aún más la crisis judicial (El Tiempo, 8 de marzo de 2013) y penitenciaria (El Tiempo, 31 de marzo de 2013) que atraviesa el Estado colombiano.

Finalmente, la solución al problema de la llamada violencia vial va más allá de reformar el Código Penal para dar su merecido a los ‘borrachos asesinos’ o a las ‘bestias al volante’. Sobre este particular, la legislación administrativa sancionatoria de tránsito tiene bastante qué decir y a tales efectos resulta interesante que, si bien todavía puede ser pronto para sacar conclusiones, la Policía Nacional de Tránsito y Transporte le atribuye a la Ley 1696 de 2013 haber reducido en un 62 % el número de conductores ebrios en lo corrido de 2014 (El Espectador, 8 de julio de 2014).

Adicionalmente, entre las medidas que debe adoptar el Estado deben incluirse, junto a un elenco de sanciones proporcionales y meditadas, las obras necesarias para la mejora y la adecuación de la red vial cuya intervención es un asunto urgente (El Colombiano, 30 de julio de 2012; El Espectador, 24 de noviembre de 2012; El Tiempo, 29 de diciembre de 2012), así como programas de educación y prevención que serán, en definitiva, los que modifiquen el comportamiento de los usuarios de las vías a mediano y largo plazo.

La regulación en esta materia debería, en síntesis, responder más a una política estatal integral, no solo criminal, y en todo caso ser ajena a los golpes de opinión que convierten el miedo y la inseguridad colectiva en formas de gobierno de la población (Benavides, 2014, p. 60).

Bibliografía

- Alastuey, C. (2011). Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de seguridad vial. *Revista Estudios Penales y criminológicos*, 31, 7-86. Recuperado de: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/137>
- Alonso, A. (2013). El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas tóxicas en el ordenamiento jurídico español. En Á. Vargas & F. Velásquez (Comps.), *Seguridad Vial y Derecho Penal. La reforma a la Ley penal colombiana y la experiencia española* (pp. 233-265). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Bajo, M. (2008). Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. *Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2-10. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf.
- Becerra, J. (2013). *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Bejarano, R. (4 de agosto de 2012). Los borrachos asesinos. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/columna-365226-los-borrachos-asesinos>.
- Benavides, F. (2014). Política Criminal y Constitución. En F. Velásquez & R. Vargas (Comps.), *Derecho Penal y Constitución* (pp. 45-71). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Borja, E. (2011). *Curso de Política Criminal* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cabrera, G., Velásquez, N., & Valladares, M. (2009). Seguridad vial, un desafío de salud pública en la Colombia del Siglo XXI. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 27(2), 218-225. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12011791013>

- Camposvial, T. C. (2010). El nuevo régimen administrativo sancionador del tráfico y la seguridad vial. *Revista General de Derecho Administrativo*, 23. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3159319>
- Carbonell, J. C. (2013). La Ley Orgánica de reforma al Código Penal español en materia de Seguridad Vial. En Á. Vargas, & F. Velásquez (Comps.), *Seguridad Vial y Derecho Penal* (pp. 165-188). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Carnevali, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una Política Criminal racional. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?scrip=sci_abstract&pid=S0718-00122008000100002&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Castillo, L. (2013). La regulación no penal de la Seguridad Vial en Colombia. A propósito de las relaciones entre los derechos Administrativo y Penal. En Á. Vargas, & F. Velásquez (Comps.), *Seguridad Vial y Derecho Penal. La reforma a la Ley penal colombiana y la experiencia española* (pp. 11-41). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Castillo, L., & Vargas, R. (2013). La modificación de la Ley penal colombiana al hilo de la 'Siniestralidad Vial'. En Á. Vargas, & F. Velásquez (comps.), *Seguridad vial y Derecho penal. La reforma a la Ley penal colombiana y la experiencia española* (pp. 43-103). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Chacón, J. (24 de octubre de 2012). Tres millones de autos evaden la revisión tecnicomecánica. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/articulo-383113-tres-millones-de-autos-evaden-revision-tecnicomecanica>.
- Cita, R. A. (2012). Transformaciones actuales del poder punitivo. Caracterización de sus principales rasgos. *Criminalidad*, 54(2), 61-75. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4190822>

- Colprensa. (10 de agosto de 2013). Sistema penal no está preparado para medidas contra conductores ebrios: Fiscalía. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/S/sistema_penal_no_esta_preparado_para_medidas_contra_conductores_ebrios_fiscalia/sistema_penal_no_esta_preparado_para_medidas_contra_conductores_ebrios_fiscalia.asp
- Contraloría General de la Nación. (2012). *Seguridad vial en Colombia. Especial seguimiento a los resultados de la política pública*. (Informe No. 07). Bogotá: Contraloría General. Recuperado de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37647200>
- Córdoba, A. (4 de febrero de 2013). ¿Accidentalidad o violencia vial? *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/columna-402943-accidentalidad-o-violencia-vial>.
- Defensoría del Pueblo. (18 de marzo de 2013). *Defensoría del Pueblo Colombia*. Recuperado de: http://www.defensoria.org.co/red/index.php?_item=0301&_secc=03&cts=2&n=1649
- Díez, J. L. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F.
- Díez, J. L. (2008). La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. *Política Criminal*, 5, 1-37. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_7_5.pdf
- Díez, J. L. (2013). *Política Criminal y Derecho Penal* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Duque A., J. G. (24 de febrero de 2013). Los costos de chocarse en moto. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/historico/los_costos_de_chocarse_en_moto-FEEC_230511
- EFE. (09 de abril de 2013). Lanzan campaña “Bogotá me mata” para denunciar mal estado de las calles. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota /lanzan-campana-bogota-me-mata-denunciar-mal-estado-de-c-articulo-444294>

- El Colombiano. (30 de julio de 2012). Nación deberá indemnizar a víctimas de accidentes de tránsito, así estén borrachos, por mal estado de las vías. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/N/nacion_debera_indemnizar_a_victimas_de_accidentes_asi_esten_borrachos_por_mal_estado_de_vias/nacion_debera_indemnizar_a_victimas_de_accidentes_asi_esten_borrachos_por_mal_estado_de_vias.asp
- El Colombiano. (30 de octubre de 2013). El estado de las carreteras, otro factor de inseguridad vial. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/E/el_estado_de_las_carreteras_otro_factor_de_inseguridad_vial/el_estado_de_las_carreteras_otro_factor_de_inseguridad_vial.asp
- El Espectador. (09 de agosto de 2012). Sancionan a 250 conductores por conducir en estado de embriaguez. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/sancionan-250-conductores-conducir-estado-de-embriaguez-articulo-373471>
- El Espectador. (8 de septiembre de 2012). Sancionan a 250 conductores por conducir en estado de embriaguez. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-373471-sancionan-250-conductores-conducir-estado-de-embriaguez>
- El Espectador. (24 de noviembre de 2012). Condenan a la Alcaldía de Medellín por falta de mantenimiento a los puentes. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-388954-condenan-alcaldia-de-medellin-falta-de-mantenimiento-los-puentes>.
- El Espectador. (1 de enero de 2013). 982 conductores sancionados por conducir en estado de embriaguez en puente de fin de año. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-394732-982-conductores-sancionados-conducir-estado-de-embriaguez-puente>
- El Espectador. (28 de enero de 2013). Policía reforzará controles a vehículos de servicio escolar. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.>

elespectador.com/noticias/nacional/articulo-399518-policia-reforzara-
controles-vehiculos-de-servicio-escolar

El Espectador. (8 de julio de 2014). Entre enero y mayo de este año la
Policía la practicó 1.865 veces. Dudas por prueba de alcoholemia.
Recuperado de: [http://www.elespectador.com/noticias/bogota/dudas-
prueba-de-alcoholemia-articulo-503000](http://www.elespectador.com/noticias/bogota/dudas-prueba-de-alcoholemia-articulo-503000)

El Tiempo. (11 de mayo de 2012). Las vías del país, no aptas para ir a
120 kilómetros por hora. *El Tiempo*. Recuperado de: [http://m.eltiempo.
com/colombia/otraszonas/situacin-de-las-vas-del-pas/12483244](http://m.eltiempo.com/colombia/otraszonas/situacin-de-las-vas-del-pas/12483244)

El Tiempo. (15 de julio de 2012). Concejal ebrio evadió prueba de
alcoholemia en Piedecuesta, Santander. *El Tiempo*. Recuperado de:
[http://m.eltiempo.com/colombia/oriente/concejal-ebrio-evadio-prueba-
de-alcoholemia-en-piedecuesta-santander/1208844](http://m.eltiempo.com/colombia/oriente/concejal-ebrio-evadio-prueba-de-alcoholemia-en-piedecuesta-santander/1208844) 4/1/home

El Tiempo. (17 de noviembre de 2012). Estos son los diez choferes de buses
con más multas. *El Tiempo*. Recuperado de: [http://www.eltiempo.com/
archivo/documento/CMS-12385907](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12385907)

El Tiempo. (29 de diciembre de 2012). Las vías del país no aptas para
ir a 120 kilómetros por hora. *El Tiempo*. Recuperado de: [http://www.
eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12483244](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12483244)

El Tiempo. (20 de febrero de 2013). Estos son los diez choferes de buses
con más multas. *El Tiempo*. Recuperado de: [http://m.eltiempo.com/
colombia/bogota/estos-son-los-diez-choferes-de-buses-con-mas-
multas-/12385907/1/home](http://m.eltiempo.com/colombia/bogota/estos-son-los-diez-choferes-de-buses-con-mas-multas-/12385907/1/home)

El Tiempo. (22 de febrero de 2013). Bogotá ‘se mueve a seis choques de
latas por hora’. *El Tiempo*. Recuperado de: [http://www.eltiempo.com/
archivo/documento/CMS-12612326](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12612326)

El Tiempo. (08 de marzo de 2013). Corte pide al Congreso parar leyes que
aumentan penas. *El Tiempo*. Recuperado de: [http://www.eltiempo.com/
archivo/documento/CMS-12667302](http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12667302)

- El Tiempo. (31 de marzo de 2013). Cada mes, 3000 nuevos reos agravan hacinamiento. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12719102>
- El Tiempo. (1 de abril de 2013). Seis heridos en accidente de ruta escolar en el sur de Bogotá. *El Tiempo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-W EB-NEW_NOTA_INTERIOR-12719493.html
- El Tiempo. (14 de julio de 2013). En Bogotá, cada 43 minutos sorprenden a un conductor embriagado. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12929113>
- Fernández, A. (2006). El Populismo Latinoamericano: realidades y fantasmas. *Colección*, 17, 13-34. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2313003>
- Fernández, E., & Tarancón, P. (2010). Populismo Punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 1-25. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3671638>
- Fernández, R. (2005). *Alcohol y conducción habitando la difusa frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*. Boletín del Ministerio de Justicia.
- Ferrandis, D. (2013). El delito de conducción bajo la influencia de bebidas tóxicas y otras sustancias tóxicas. En Á. Vargas & F. Velásquez (Comps.), *Seguridad Vial y Derecho Penal. La reforma a la Ley penal colombiana y la experiencia española* (pp. 189-231). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Flórez, J. (19 de abril de 2014). Populismo Punitivo. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13850804>
- Fondo de Prevención Vial. (2013). *2012: balance mixto para la seguridad vial en Colombia*. Recuperado de: https://www.fpv.org.co/investigacion/balance_cifras_accidentalidad/gen/12

- Fondo Nacional de Prevención Vial y Universidad de Los Andes. (2010). *Anuario estadístico de Seguridad Vial*. Recuperado de: <http://fpv.org.co/imagenes/repositorioftp/ANUARIO-2010-V14.pdf>
- García, M., & Pérez, L. (2009). Agenda de los medios y agenda política: Un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal Español entre los años 2000-2003. *Revista de Derecho Penal y Crimiología*, 3, 260-290. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320&dsID=PDF>
- García, R. (2007). La nueva política criminal de la seguridad vial. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9-11, 2-28. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>
- Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Gaviria, R. (2012). Ampliación de las coberturas de gastos médicos en el SOAT. *FASECOLDA*, 146, 22-24. Recuperado de: http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1074874
- Gimeno, F., & Molina, J. (29 de marzo de 2008). Un paso más hacia la administrativización del derecho penal. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 760, 13-16. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2726553>
- Giraldo, J. (5 de octubre de 2013). Populismo Punitivo. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/populismo_punitivo/populismo_punitivo.asp
- Gómez, P. (1998). *El delito de conducción bajo de influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona: Bosh.
- Gómez, P. (2012). La reforma de los delitos contra la seguridad vial. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 25, 119-148.

- González, B. & Gómez, J. A. (2010). Conductores infractores, ¿Un perfil de conducta desviada? *Revista española de investigación criminológica*, 8. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3680867>
- Grosso, A. (2004). El populismo y lo sublime. *Studia politicae*, 2, 39-58. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2269382&orden=364949&info=link>
- Guevara, C. (16 de enero de 2012). Cada seis horas muere un peatón en el país. *El Tiempo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12555050.html.
- Guevara, C. (13 de febrero de 2013). Cada 15 horas se registra un muerto por accidente vial en Bogotá. *El Tiempo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12595395.html.
- Gutiérrez, D. (2011). Ernesto Laclau: El populismo y sus avatares. *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*, 40, 151-168. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3643465>.
- Herrera, B., & Castañeda, F. (2010). *Manual de infracciones*. Bogotá.: Ministerio de Transporte. Recuperado de: http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/Direccion_Transito_transportes/Documentacion/Tab/MANUAL%20DE%20INFRACCIONES_0.pdf
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2002-2011). *Forensis. Datos para la vida*. Bogotá: Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia de Medicina Legal. Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/34616/2-F-11-Homicidios.pdf/01a6b108-57cd-48bc-9e9b-dcdba0d918a2>
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2012). *Muertes y lesiones por accidentes de transporte, Colombia, 2012*. Bogotá: Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia.

- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. (2014). *Informe Estadístico abril 2014*. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFO_RME%20ABRIL%202014.pdf
- Jeschek, H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (5ª ed.). Granada: Comares.
- Lancheros, Y. (15 de junio de 2013). Alerta por posibles fraudes con los comparendos en Bogotá. *El Tiempo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CM_S-12872886
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la democracia*, 55, 12-22. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1960479>
- Lascuraín, J. (2005). Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho pena de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador. En *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. (pp. 587-625). Navarra: Thomson Civitas.
- Maier, J. (2002). *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos* (2ª ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Malaguti, V. (2009). Criminología e Política Criminal. *Revista Internacional de Historias Política e Cultura Jurídica*, 1(2), 20-39. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4018835>
- Martínez, A. (2007). Derecho Penal y Seguridad Vial. En T. Cano *et al.* (Eds.), *Derecho Penal y Seguridad Vial* (pp. 15-30). Navarra: Aranzandi.
- Martínez, M. (2008). Populismo punitivo, mayorías y víctimas. *Nomos*, 2, 183-199. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3999322>
- Ministerio de Transporte. (30 de marzo de 2012). Plan Nacional de Seguridad Vial. Colombia 2011-2016. *Resolución 1282*. Recuperado de: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocum ent.aspx?docnum=37647200>

- Mir, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (7ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Miró, F. (2003). La interpretación del delito de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2002. *Actualidad Penal*(1), 65-91. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=295477>
- Miró, F. (julio de 2009). El “moderno” Derecho Penal vial y la penalización de la conducción sin permiso. *Revista para el análisis del Derecho*. Recuperado de: <http://www.indret.com/pdf/649.pdf>
- Moreno, V., & Cortés, V. (2011). *Derecho Procesal Penal* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F., & García Arán, M. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (2ª ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz, F. (2005). La reforma de la Parte Especial del Derecho Penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “Derecho Penal del enemigo”. *Revista General de Derecho Penal*, 3. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1211038>
- Muñoz, J. (2009). Populismo Punitivo una “verdad” construida. *Nuevo Foro Penal*, 72, 13-42. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3822975>
- Obregó, A. (2012). Los concursos entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo tras las últimas reformas penales: estudio del artículo 382 del Código Penal. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 25, 149-165. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/660084>
- Olmedo, M. (2002). Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4. Recuperado de: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-02.html

- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2010). *Plan Mundial para el Decenio de Acción para la Seguridad Vial 2011-2020*. Recuperado por http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/spanish.pdf
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2004). *Informe mundial sobre la prevención de los traumatismos causados por el tránsito*. Recuperado de: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42926/1/9243591312.pdf>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2009). *Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial. Es hora de pasar a la acción*. Recuperado de: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2013/report/summary_es.pdf
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2013). *Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial. Apoyo al decenio de acción (resumen)*. Recuperado de: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2013/report/es/
- Ospina, G. (28 de Mayo de 2013). Velocidad, la más reportada. *El Colombiano*.
- Paredes, M. (2006). La seguridad como objetivo político criminal del Sistema penal. *Eguzkilore*, 20, 129-149.
- Peluffo, V. (2012). Populismo punitivo: un mecanismo para la prevención general del delito. *Revista de semilleros de investigación Cultura investigativa*, 4, 1-13.
- Procuraduría General de la Nación. (2010). *Hacinamiento carcelario*. Recuperado de: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/publicaciones/hacinamientooficial.pdf>
- Proyecto de Ley 270 de 2007. Congreso de la República de Colombia.
- Proyecto de Ley 50 de 2008. Congreso de la República de Colombia.
- Proyecto de Ley 009 de 2008. Congreso de la República de Colombia.
- Proyecto de Ley 110 de 2010. Congreso de la República de Colombia.

- Proyecto de Ley 206 de 2011. Congreso de la República de Colombia.
- Proyecto de Ley 253 de 2011. Congreso de la República de Colombia.
- Proyecto de Ley 080 de 2012. Congreso de la República de Colombia.
- Requejo, C. (2011). *Delitos relativos al tráfico viario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Riveras, I. (2005). *Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Anthropos.
- Rodríguez, I. (2003). *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*. Granada: Comares.
- Roxin, C. (2000). *Evolución del la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz, C. (2011). *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Saldarriaga, L. (03 de junio de 2013). A 236 conductores la rumba los dejó sin pase. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/A/a_236_conductores_la_rumba_los_dejo_sin_pase/a_236_conductores_la_rumba_los_dejo_sin_pase.asp
- Sánchez, N. (2011). Instrumentalidad y simbolismo en los delitos contra la seguridad vial. *Revista General de Derecho Penal*, 16, 1-39. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3760253>
- Semana. (2013). Baena: “Conductores borrachos son asesinos en potencia”. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/baena-conductores-borrachos-asesinos-potencia/354184-3>.
- Sentencia T-153 de 1998. Acción de Tutela. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-296 de 1998. Acción de Tutela. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.

- Sentencia T-1096 de 2004. Acción de Tutela. M.P. Manuel Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Serrano, A. (2008). La reforma de los delitos contra la seguridad vial. *Revista de Derecho UNED*, 3, 43-70. Recuperado de: <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/660080>
- Serrano, A. (27 de enero de 2013). Cada nueve horas hay una víctima por carros fantasma. *El Tiempo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12555050.html.
- Silva, J. M. (1996). Eficiencia y Derecho Penal. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 49, 94-127. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46495>
- Silva, J. M. (2009). El populismo punitivo. *Escritura Pública*, 55, 15. Recuperado de: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10803.pdf
- Silva, J. (2011). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política Criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F.
- Soto, S. (2005). La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-09, 1-46. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>
- Tamarit, J. (2007). Política Criminal con bases empíricas en España. *Política Criminal*, 3, 1-16. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_8_3.pdf
- Valbuena, S. (2011). Muertes y lesiones no fatales de transporte, Colombia, 2011. *Forensis*, 269-309. Recuperado de: <http://fpv.org.co/images/repositorioftp/capitulo1y7.pdf>
- Valbuena, J. (14 de julio de 2012). Congresista afirma que solo la cárcel frenará a conductores ebrios. *El Tiempo*. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12031591.html.

- Vargas, R. (2013). La ‘Siniestralidad Vial’ y el Derecho Penal en Colombia. En Á. Vargas, & F. Velásquez (comps.), *Seguridad Vial y Derecho Penal. La reforma a la Ley penal colombiana y la experiencia española* (pp. 105-154). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Velásquez, F. (2011). ¿Qué es la Política Criminal? *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 19, 401-414.
- Velásquez, F. (2012). La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente en la reciente jurisprudencia. *Cuadernos de Derecho Penal*, 6, 99-180. Recuperado de: http://www.u sergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf
- Velásquez, F. (2013a). *Manual de Derecho penal. Parte General* (5ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2013). Seguridad ciudadana e inseguridad jurídica. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* (5), 1-29. Recuperado de: <http://www.latindex.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12446/11700>
- Vizueta, J. (2011). Delitos contra la seguridad vial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-02.pdf>
- Zipf, H. (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Madrid: EDERSA.

El feminicidio en Colombia y las vicisitudes de su tratamiento jurídico penal*

Daniel Andrés Benavides Ortiz**

Resumen

Si bien la regulación penal actual del feminicidio responde a la necesidad imperiosa de enfrentar de modo contundente una muy lamentable forma de violencia, lo cierto es que su materialización normativa revela –muchas– falencias técnicas. De ahí que en el escrito se realicen algunas precisiones conceptuales básicas para, con base en ellas, efectuar una crítica de la legislación vigente orientada a revelarlas, prestando especial atención al análisis dogmático de los elementos objetivos y subjetivos del tipo base previsto en el art. 104A del Código Penal, así como de los tipos alternativos previstos en el art. 104B ibídem y de las modalidades agravadas.

Palabras clave

Feminicidio, femicidio, uxoricidio, violencia de género, violencia machista.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Derecho penal, parte especial y legislaciones complementarias”, liderado por el Prof. Fernando Velásquez Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda.

** Miembro del semillero de investigación “Problemas Actuales del Derecho Penal”, adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’.

Introducción

Desde los años setenta del siglo pasado, los movimientos feministas se han esforzado por visibilizar y enfrentar la violencia de género ejercida contra la mujer y, como resultado de ello, se han producido diversos instrumentos nacionales e internacionales dedicados a combatir este tipo de violencia y a mitigar las diferencias sociales en razón del género.

La preocupación que despierta este tema no es injustificada: en Colombia, la violencia contra las mujeres es una realidad preocupante y las cifras demuestran la necesidad de una intervención efectiva. Según la revista *Forensis* del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el año 2013 se cometieron 337 feminicidios, de los cuales 132 fueron realizados por la pareja o expareja sentimental, 39 mujeres fueron víctimas de la violencia intrafamiliar ejercida por alguien distinto de su pareja sentimental, mientras que 166 fueron victimizadas por un desconocido (Verguel, 2014, p. 119).

Para el año 2014, si bien se reportó que los hombres son más proclives a ser víctimas de homicidio (salvo en el municipio de Fundación, Magdalena) en una relación de diez a uno (11.440 hombres frente a 1.180 mujeres a nivel nacional en dicho periodo), lo cierto es que en los homicidios cuyas circunstancias sugieren un caso de violencia de género, esa relación se invierte: tratándose de los homicidios perpetrados –presuntamente– por la pareja sentimental, actual o pasada, las estadísticas reflejan que los hombres fueron víctimas en 15 ocasiones y las mujeres en 145 oportunidades. Del mismo modo, los homicidios acompañados de violencia sexual afectan mucho más a las mujeres: seis homicidios sobre mujeres frente a dos sobre hombres (Marthe, 2015, pp. 98-102).

Sin embargo, pese a las preocupantes cifras expuestas, el feminicidio solo se ha empezado a considerar hasta hace poco en Colombia y, en realidad, no ha sido objeto de mucha atención por los penalistas, salvo por unos pocos estudios contenidos en los libros de Parte Especial, publicados tras la promulgación de la Ley 1257 de 2008 que lo incluyó en el Código Penal (en adelante, C. P.). Este desinterés, por cierto, es extraño debido a la cantidad de problemas –tanto teóricos como prácticos– anexos a estas normas.

Dicha tipificación tuvo una vida corta, pues, tras la ocurrencia de algunos casos especialmente lamentables que llamaron la atención de la comunidad nacional sobre la violencia de género, al tiempo que demostraron las dificultades para la aplicación de las normas vigentes para esa época, el Congreso de la República emplazó sus esfuerzos a la confección de un nuevo texto normativo que estuviera acorde con la indignación causada en la nación por el crimen de Rosa Elvira Cely y cuya aplicación resultara – más– sencilla para los operadores judiciales; así, en el mes de julio del año 2015, se promulgó una nueva ley dedicada a la tipificación del feminicidio: la Ley 1761 que lleva, justamente, el nombre de la señora Cely.

La presente investigación obedece, entonces, al ánimo de contribuir al examen –desapasionado, pero riguroso– de la legislación vigente, así como de la política criminal estatal en esta materia, pues los reparos constitucionales en punto de la igualdad, la inclusión de otros eventos ajenos a la problemática de la violencia de género en esas normas, la dudosa técnica legislativa presente en la llamada Ley Rosa Elvira Cely, y la cuestionable instrumentalización del tema por parte de algunos políticos y medios de comunicación, arrojan muchas dudas sobre la efectividad real de estas disposiciones y la idoneidad del sistema penal en general para resolver esta problemática social.

Por ello, en las siguientes líneas se realiza una aproximación a las principales cuestiones asociadas al feminicidio, en tanto expresión de la violencia de género ejercida contra la mujer, examinando críticamente, desde los planos constitucional y legal, las normas penales con las cuales el Estado colombiano ha pretendido hacerle frente. A los anteriores efectos, el trabajo se divide en varias partes que suceden a esta introducción: en primer lugar, se efectúan algunas claridades terminológicas y conceptuales importantes para el desarrollo de los restantes acápite, en la medida en que permiten diferenciar la violencia de género de la violencia contra la mujer.

En segundo lugar, se ocupa del debate constitucional que suscita la protección diferenciada y reforzada de la mujer frente al derecho a la igualdad; en desarrollo de ello, se describe el problema, se indican los posibles argumentos para resolverlo y se adelantan algunas ideas en torno al carácter

temporal de estas disposiciones, en tanto dirigidas a compensar jurídicamente una desigualdad fáctica.

En tercer lugar, se revisa críticamente la regulación penal, haciendo referencia tanto a la derogada (a partir del examen de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal respectivo), como a la introducida en julio de 2015. Esta última referencia hace especial hincapié en los problemas de técnica legislativa asociados a estas disposiciones y que justifican el escepticismo sobre su eficacia e idoneidad para contribuir a la solución de este complejo asunto.

Naturalmente, al final se destinan un par de acápites independientes a las conclusiones del trabajo y a las fuentes consultadas para su elaboración.

Las mujeres como víctimas de la violencia de género

La violencia de género y la ejercida en contra de otro por razón de su sexo suelen confundirse entre sí, sobre todo cuando quien la sufre es una mujer, y ello parece obedecer a que la primera se hizo visible gracias a los movimientos feministas. No obstante, es necesario advertir que se trata de tipos de violencia independientes, pues los conceptos de ‘género’ y de ‘sexo’ aluden a unas calidades distintas de la persona humana.

El sexo, no puede olvidarse, remite a las distinciones genéticas, anatómicas y fisiológicas existentes entre hombres y mujeres: las genéticas se refieren a las diferencias cromosómicas entre unos y otras (los cromosomas XX definen el sexo femenino y la combinación XY al masculino); las anatómicas, tienen relación con el aparato reproductor y las fisiológicas, por último, se enfocan en la correspondiente producción de andrógenos y estrógenos (Pinzón, 2008, p. 5).

A diferencia del sexo, el género tiene una connotación relacional, pues gira en torno a los procesos de socialización de la persona y está vinculado a una identidad subjetiva, no objetiva (como sí ocurre en el caso anterior). La configuración del género está más ligada a la libertad de cada persona y a la manera en que ésta desarrolla su personalidad; por ello, la división bipartita de géneros no parece satisfactoria (Pujal & Amigot, 2010, p. 132). Para otro sector de la doctrina, el concepto de género obedece a constructos

de carácter histórico en los cuales se crean artificialmente estereotipos que se adecúan al modelo social predominante (Zaikoski, 2008, pp. 118-119).

Esta modalidad de violencia no la sufren las mujeres de forma exclusiva, pero es innegable que sí la padecen de manera generalizada y sistemática, lo cual ha propiciado que el fenómeno se asocie con ellas; sin embargo, aunque esta forma de violencia adquirió notoriedad gracias a los movimientos feministas y no hay duda en cuanto a que ellas son sus principales víctimas, en los últimos años se han realizado ingentes esfuerzos para darle un alcance mayor, que no sea excluyente (Pinzón, 2008, p. 3). En este sentido, puede afirmarse que la violencia por razón de género es discriminatoria, ya que el agente agrede a su víctima debido a su condición, por su género; en consecuencia, puede ocurrir en ámbitos familiares al interior de los cuales hay unas relaciones de poder predefinidas o, bien, constituir una reacción frente a la orientación sexual de un individuo (como los homosexuales) o contra quien se aparte de los roles sociales preestablecidos.

Además de lo dicho, las formas concretas de violencia que pueden sufrir las mujeres son variadas: la más común de todas es la física, que se presenta con especial frecuencia en el ámbito de las relaciones afectivas o familiares e implica una afectación a la integridad personal; la sexual, por su parte, supone una vulneración de la formación, la libertad o la integridad sexuales de quien la sufre, mediante conductas sexuales no consentidas (Barragán & Jurado, 2010, pp. 12-29). En la psicológica, el agresor realiza acciones tendientes a mancillar la honra, entendida como la proyección que tiene cada mujer de sí misma y, por último, la económica o patrimonial, está caracterizada por actos orientados a coartar la libertad de la mujer, limitando sus medios económicos.

Con base en lo expuesto, es posible afirmar que la violencia sufrida por una mujer, puede llegar a constituir una forma de violencia por razón de su sexo o, según el caso, ubicarse en el campo de la violencia de género.

Ahora bien, el interés de los organismos internacionales y de los encargados del diseño de las políticas públicas estatales en torno a esta problemática es, además de justificado, evidente. De ahí que, a nivel regulatorio, se hayan producido diversas normas orientadas a enfrentar las múltiples

formas de violencia que puede sufrir la mujer, aunque la distinción entre la violencia de género y aquella por razón del sexo no siempre es atendida por los legisladores o los autores.

El reconocimiento formal de la violencia contra la mujer en el ámbito internacional tuvo lugar con la Resolución 48/104 de la Organización de las Naciones Unidas (1994), que la define como

todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (art. 1).

En sentido similar, se pronuncia la Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer, para la cual esta es

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (art.1).

A la fecha, los instrumentos internacionales relativos a la materia son numerosos, tanto a nivel global como regional y entre ellos se cuentan: la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, la Convención interamericana para prevenir, castigar y erradicar la violencia contra la mujer (*Convención de Belem do Para*), las Recomendaciones Generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas (CEDAW), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (especialmente de mujeres y niños) o, en fin, la Resolución del Fondo de Población de las Naciones Unidas.

Tras la *Convención de Belem do Para*, existe un compromiso internacional en el sentido de hacer de la garantía del libre desarrollo de los derechos de las mujeres un interés público, por lo cual no extraña que el Fondo de

Población de las Naciones Unidas advierte que la violencia contra la mujer es una “prioridad de salud pública” (UNFPA, 2012). Esto comporta un avance significativo, pues la violencia contra las mujeres, sobre todo cuando ocurría en los ámbitos doméstico, familiar o de pareja, era tratada como algo privado (Procuraduría General de la Nación, 2009, p. 5); no obstante, es innegable que la forma y la intensidad con que se ha presentado el fenómeno en los últimos tiempos también contribuyeron a que el tema fuera elevado a la esfera pública (Radford & Rusell, 1992, p. xi).

Colombia, por supuesto, no ha sido la excepción a esta tendencia. En lo concerniente al régimen sancionador, huelga advertir que el derecho penal últimamente ha ganado protagonismo dentro de las políticas públicas orientadas a combatir el problema y así lo demuestra la expedición de las leyes 294 de 1996 y 984 de 2005 (en lo atinente a la violencia intrafamiliar), la Ley 1257 de 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 y, más recientemente, la Ley 1761 de 2015, por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.

La normativa en vigor –Ley 1761–, tiene por objeto, conforme se lee en su artículo 1º:

Tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación.

Al hilo de esto, conviene tener presente que, como tuvo ocasión de indicarse, el feminicidio se enmarca dentro de la violencia de género (Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Campo algodonero’ de 2009) y describe la agresión dirigida a una mujer que sufre un ataque a su integridad física, con el cual se pretende causar su muerte por el hecho de ser mujer.

El debate constitucional sobre la protección reforzada de la mujer

Dado que el feminicidio ha sido incorporado efectivamente al ordenamiento jurídico nacional, surge la pregunta en torno a si esto contraviene lo previsto en el art. 13 de la Constitución Política, que prohíbe discriminar por razones de sexo. Para responder a este interrogante es necesario recordar las dos líneas jurisprudenciales existentes en Colombia sobre el particular.

De un lado, aquella que considera inconstitucionales las normas que comportan discriminaciones de género; es el caso de las sentencias C-082 de 1999 (respecto del numeral 7 del art. 140 del Código Civil que contemplaba como causal de nulidad del matrimonio, el adulterio anterior al mismo cometido por la contrayente), C-622 de 1997 (referido al numeral 1 del art. 242 de Código Sustantivo del Trabajo que prohibía a las empresas industriales emplear a mujeres para trabajos nocturnos), C-101 de 2005 (sobre el art. 1134 del Código Civil que preveía un derecho de usufructo, uso o habitación, o una pensión periódica, como asignación testamentaria condicional a la mujer soltera o viuda) y C-804 de 2006 (atinente al art. 33 de la Ley 57 de 1887, que definía como hombre a todo individuo de la especie humana).

Del otro lado, la que avala un trato diferenciado por razón de la situación desfavorable de un determinado grupo social que, para sortear su condición, precisa de normas que reconozcan esa situación y contribuyan a remediarla; así, las sentencias C-410 de 1994 (relativa a la edad diferenciada entre hombres y mujeres para acceder a la pensión de vejez), C-371 de 2000 (concerniente a las cuotas de participación a favor de las mujeres en todos los órganos del poder) o C-722 de 2004 (en punto de la inembargabilidad del bien inmueble en cabeza de madres cabeza de familia).

La contradicción entre estas dos orientaciones jurisprudenciales es apenas aparente: la primera, se apoya en la prohibición constitucional de discriminación del inciso 1º del art. 13 superior, mientras la segunda lo hace en el inciso 2º *ibídem*, que manda al Estado promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y lo conmina a adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. En este sentido, la

Corporación ha precisado que el trato desigual contribuye a lograr una verdadera igualdad ('real' o 'material' por contraposición a la 'formal'), siempre que la situación exija un trato diferenciado; por consiguiente, el legislador solo puede hacer diferenciaciones normativas si hay fundamentos sólidos para ello (Sentencia C-410 de 1994), pues el principio de igualdad no se limita a la sola prohibición de tratos injustificadamente distintos, sino que también impone un trato diferente cuando existan razones que así lo ameriten (Sentencia C-622 de 1997).

Para garantizar una verdadera igualdad, entonces, el Estado debe generar condiciones idóneas que permitan remediar las condiciones desventajosas en que se encuentran determinados grupos sociales (Sentencia C-371 de 2000) y, como la Corte entiende que las mujeres han estado históricamente en una situación de inferioridad frente a los hombres, el trato diferente en estos supuestos, pese a comportar una diferenciación por razón del sexo, no es inconstitucional *per se*.

Las diferencias legislativas que se establecen en razón del sexo, como las orientadas a la protección de la mujer, constituyen acciones afirmativas, es decir, medidas orientadas a reducir la desigualdad social (Sentencia C-371 de 2000) y se enmarcan en lo que se conoce como 'discriminación positiva' (Bardón, 2007, p. 02:24; Velasco, 2007, p. 141). Empero, estas acciones afirmativas solo se justifican de forma contingente, es decir, mientras existan las circunstancias, en este caso culturales, que determinan esa situación desfavorable para las mujeres.

Así, aunque la Corte respalda algunas de las normas que protegen a las mujeres cuando se trata de combatir un sistema patriarcal, también deja claro que, en el estado actual de cosas, aquéllas tienen un espacio en la sociedad similar al de los hombres y que, en tal virtud, es contrario al principio de igualdad admitir diferenciaciones en razón de una inferioridad 'presunta'. Según la Corporación, los preceptos basados en la existencia de un sistema patriarcal donde las mujeres están en situación de especial indefensión, no son constitucionales porque esas circunstancias no corresponden con la sociedad colombiana actual; tales normas, en definitiva, producen efectos nocivos, pues contribuyen a perpetuar la idea de mujeres débiles e inferiores (sentencias C-101 de 2005 y C-804 de 2006).

Por cuanto mira con los pronunciamientos constitucionales en punto de la violencia contra la mujer propiamente dicha, se destaca la Sentencia C-674 de 2005, que examinó el tipo penal de violencia intrafamiliar; en tal ocasión, el delito fue hallado conforme a la Constitución y consecuente con la facultad punitiva del Estado. A la fecha, varios apartes de la Ley 1257 de 2008 han sido demandados ante la Corte Constitucional (ver sentencias C-776 de 2010 y C-335 de 2013), pero ninguna de las cuestiones propuestas tuvo que ver con el feminicidio; aunque, en caso de cuestionarse su constitucionalidad, lo más probable es que, atendido lo expuesto, el precepto fuera declarado exequible.

La figura del feminicidio en el contexto jurídico-penal colombiano

El del feminicidio es un concepto poco desarrollado entre los juristas y bastante más atendido en campos como los de la política o la sociología (Laurenzo, 2012; Radford & Rusell, 1992; Sciortino & Guerra, 2009). Etimológicamente, el vocablo feminicidio está formado por el sustantivo *femina*, *feminae*, mujer y la partícula *cidium*, derivada del verbo *Caedo*, *Caedis*, *Caedere*, *Cecidi*, *Caesum*, que significa matar; alude, por lo tanto, al acto de dar muerte a una mujer.

Los autores reconocen tres tipos de feminicidio (Fontán & Ledesma, 2013): el ‘íntimo’, caracterizado por la existencia de un vínculo familiar o sentimental actual o pasado entre el agresor y su víctima; el ‘público’, en el cual no concurren los nexos propios del ‘íntimo’ y, finalmente, el ‘vinculado’, donde el sujeto pasivo puede ser cualquier persona relacionada afectiva o familiarmente con una mujer respecto de la cual el agresor (i) tiene una relación afectiva o familiar, (ii) siente sobre ella un dominio y (iii) actúa movido por el ánimo de castigarla emocionalmente atentando contra alguien de su entorno.

Otra cosa diferente es el uxoricidio, cuya raíz es *uxor*, *uxoris*, esposa; pese a esto, dicho detalle no siempre es tenido en cuenta por los legisladores penales que los confunden en no pocas ocasiones: el chileno describe una hipótesis de uxoricidio dentro de los supuestos de femicidio (castellanización del anglicismo *femicide*) (art. 390 del Código Penal chileno, introducido por la Ley 20480 de 2010) y el costarricense lo tipifica directamente bajo el nombre de femicidio (art. 21 de la Ley de penalización de la violencia contra las mujeres, Ley 8589 de 2007).

El ordenamiento colombiano, por su parte, los diferencia y regula separadamente: el uxoricidio es un delito innominado contemplado dentro de los supuestos de hecho de la primera modalidad agravada del delito de homicidio (art. 104 numeral 1 C. P.), mientras el de feminicidio es un delito autónomo (art. 104 A C. P.); esta escisión es atinada debido a las diferencias entre ambos, pues ¡no es lo mismo matar a una mujer por ser mujer, que dar muerte a la esposa!; huelga decir, sin embargo, que los supuestos de hecho del literal a del último artículo citado incluyen, indiscriminadamente, elementos del uxoricidio y del parricidio dentro de la descripción del feminicidio.

Acorde con lo previsto en el art. 104 numeral 1 del C. P., tras el aumento operado por la Ley 890 de 2004, el uxoricidio se castiga con una pena de entre 33 años y cuatro meses y 50 años, siempre que no se presente un concurso, caso en el cual podría llegar a los 60 años. Por su parte, la pena para el feminicidio simple es menor, pues oscila entre los 20 años y diez meses y los 41 años y ocho meses; no obstante, es bueno aclarar que en este último caso, por disposición expresa de la Ley 1761 de 2015, la confesión del sindicado en la audiencia de formulación de imputación acarrea una reducción de la cuarta parte y no de la mitad.

Efectuada la distinción anterior, conviene ocuparse con más detalle del feminicidio, identificando sus notas definitorias más generales y precisando sus problemas más relevantes, en orden a someterlos a una valoración crítica. El examen de las disposiciones respectivas se hará conforme al método dogmático que, pese a los reparos de algunos feministas que lo entienden ajeno a cualquier consideración política de género (Villegas, 2010, p. 172), es el método que permite aproximarse mejor al contenido del tipo penal (Velásquez, 2007) y delimitarlo. Todo esto reviste particular interés frente a estos supuestos que han sido acusados de ser demasiado abiertos (Villanueva, 2011, p. 151).

Antecedentes legislativos

A tono con los principios constitucionales introducidos por la Carta de 1991 (art. 1) y, en especial, con el propósito de desarrollar el pluralismo, el C. P. de 2000 (Ley 599) incluyó como una circunstancia genérica de mayor punibilidad (art. 58 C. P.) el que una conducta delictiva fuese cometida en

desarrollo de móviles discriminatorios, de raza, etnia, ideología, religión, creencias, sexo, orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima. En tal virtud, pese a que en ese momento el feminicidio no estaba tipificado de forma autónoma, era claro que un homicidio cometido sobre una mujer por razones de género implicaba una pena aumentada, debido a la posibilidad de aplicar la referida circunstancia de mayor punibilidad. En este orden de cosas, bien puede afirmarse que dar muerte a una mujer por el hecho de serlo ha sido objeto de un trato diferenciado en el ordenamiento colombiano a partir de la expedición del C. P. en vigor.

Posteriormente, en el año 2008, la Ley 1257 incluyó un agravante (hoy derogada) –la decimoprimer del art. 104 C. P. – para el delito de homicidio simple, mediante la cual se sancionaba el feminicidio (es decir, el homicidio cometido contra ‘una mujer por el hecho de serlo’); la agravación en comento no se justificó únicamente por razón de la persona sobre la cual recaía la agresión (que el sujeto pasivo fuera una mujer), ya que el mayor desvalor de esos comportamientos estaba complementado por la intolerancia que demostraba el agresor y por el ánimo discriminatorio inherente a su proceder (Velásquez, 2013, p. 153). En el mismo sentido, dicha ley agravó el homicidio en persona protegida (circunstancia que no ha sido derogada), acorde con lo cual la muerte de una mujer no combatiente en el marco de un conflicto, siempre que el agente actuare determinado por la condición de mujer de aquélla, da lugar a un aumento de la pena (de la tercera parte a la mitad).

La norma resultante de integrar el supuesto básico del art. 103 C. P. con el agravante del numeral 11 del art. 104 arrojaba un tipo conciso que recogía con acierto las notas fundamentales del feminicidio, sin detenerse en una casuística innecesaria. Con todo, al tratarse de un delito cuya nota definitoria era la existencia de un ingrediente subjetivo distinto del dolo, la aplicación del mismo no resultaba sencilla para el juez penal, pues implicaba una destreza probatoria superlativa para el ente investigador, razón por la cual se decidió crear una nueva redacción legislativa para dicho delito, buscando así responder “efectivamente a un clamor de la sociedad que requiere mecanismos efectivos de protección a la mujer cuando resulta víctima por el solo hecho de su condición femenina” (Gaceta del Congreso núm. 322 de 2015).

El feminicidio en la regulación actual

En mayo de 2012, tuvo lugar uno de los crímenes más abominables que registra la memoria nacional: el caso de Rosa Elvira Cely, quien murió en las inmediaciones del Parque Nacional en Bogotá, tras haber sido accedida carnalmente, golpeada (sobre todo en su rostro), apuñalada y, como si fuera poco, empalada (Forero, 2012). La población, enardecida por el crimen, hizo de la noticia un fenómeno viral en las redes sociales; se realizaron diversas marchas para reclamar justicia y mayor protección a las mujeres e, incluso, el lugar de los hechos se convirtió por un corto periodo en sitio de peregrinación (Noticias Caracol, 2012).

A poco más de producidos estos hechos, se presentó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley ‘Rosa Elvira Cely’, por el cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones; dicho proyecto, tras los debates de rigor, fue sancionado y promulgado como ley de la República bajo el número 1761 de 2015. El art. 3 de la ley aludida, que previó el ‘nuevo’ delito de feminicidio en su forma básica, fue incorporado al C. P. en el art. 104A y su tenor es el siguiente:

Feminicidio.- Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer, o por motivos de su identidad de género o en donde se haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses:

- a. Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.
- b. Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.
- c. Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d. Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e. Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar, por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que haya sido denunciado o no.

f. Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Si se realizan las posibles combinaciones a que dan lugar las múltiples conjunciones disyuntivas previstas en la norma, resultan unos cuarenta y nueve supuestos de hecho diferentes; este número, ya bastante elevado de suyo, se incrementa de manera exponencial cuando se añaden las numerosas circunstancias de agravación punitiva estatuidas en el art. 4 de la ley citada. Debido a la imposibilidad de ocuparse de todas esas variables en este momento, las líneas subsiguientes se dedican al análisis dogmático del primer supuesto de hecho (“quien matare a una mujer por su condición de mujer”), así como, aunque de modo más general, a señalar los principales inconvenientes que suscita la norma transcrita. Desde luego, las precisiones hechas a propósito de ese primer supuesto de hecho son pertinentes frente a la modalidad agravada del art. 135 C. P.

Elementos objetivos

El tipo básico no exige ninguna cualificación para el sujeto activo (Velásquez, 2013, p. 153); este último es la persona que causa la muerte de la víctima mujer y, en tanto el artículo singular ‘el’ cumple una función indeterminada –pues acompaña al pronombre relativo ‘que’– no importa el sexo del agente, resultando irrelevante que el mismo sea un varón y, en consecuencia, el victimario podría ser una mujer (otras legislaciones exigen, en cambio, un sujeto activo masculino; así, la argentina –art. 80 de la Ley 11.179 de 1921, incorporado con arreglo a la Ley 26.791 de 2012–).

Esta decisión es acertada porque el feminicidio se caracteriza por la especificidad del sujeto pasivo (la mujer) y por la motivación exigida a su

autor, pudiendo dicho aspecto concurrir tanto en hombres como en mujeres. En efecto, según la psicología moderna, las actitudes misóginas pueden analizarse conforme a dos teorías (Byrka, 2009): la primera o ‘tridimensional’, tiene un componente afectivo (referente a la irascibilidad que le despierta al agente aquello que es objeto de su actitud), uno cognitivo (relativo a la percepción que tiene la persona sobre el objeto de su actitud) y otro conductual (atinente a la tendencia o predisposición del individuo de actuar de una determinada manera); mientras para la segunda o ‘unidimensional’, las actitudes son sentimientos generales y permanentes que se tienen frente a algo o alguien. Desde ambos extremos, se explica que la motivación especial exigida en el feminicidio concorra en hombres y en mujeres (Ferrer & Bosch, 2000).

El sujeto pasivo del delito examinado es la mujer victimizada de forma individual, sin perjuicio de entender, aunque en un segundo plano, que el colectivo de las mujeres también se vería afectado por estos comportamientos, pues las mujeres –como grupo– son las víctimas consuetudinarias y más representativas de la violencia de género.

La mujer víctima del feminicidio tiene, además, la calidad de objeto –personal– de la acción (Velásquez, 2007, p. 617) y, ya que la ley no distingue en este punto, el alcance de la norma no puede limitarse a la mujer heterosexual, sino que comprende a la mujer homosexual (razón adicional para no diferenciar entre hombres y mujeres en punto del sujeto activo) y a la mujer transgénero, es decir, aquella que se identifica con el paradigma femenino, pese a su anatomía masculina (Pinzón, 2008). No obstante, hay que advertir que la actual legislación no protege a las personas transgénero que habiendo nacido mujeres se identifican con el sexo masculino o que, simplemente, no se identifican a sí mismas dentro de los patrones de hombres ni de mujeres: las agresiones fatales que dichas personas sufran en razón de su identidad, escapan a la redacción de un legislador empeñado en dar una protección reforzada únicamente a la identidad de mujer.

En cuanto al bien jurídico, es innegable que se protege la vida de quien es la víctima del feminicidio, al margen de la tutela mediata de otros intereses relevantes como el de salvaguardar una población vulnerable, en razón de paradigmas machistas, cuya existencia justifica su protección.

La acción descrita por el verbo rector es la de matar; se trata, entonces, de un delito instantáneo que se consuma en el momento de la muerte de la víctima (Fontán & Ledesma, 2013, p. 46) y que exige la producción de un resultado (no es de mera conducta), siendo posible, como es natural, la tentativa (art. 27 C. P.). En cuanto al resultado, la modificación desventajosa para el bien jurídico (Roxin, 1997, p. 353) en estos supuestos es la ‘muerte’, sin que sea necesario que la misma se produzca de un determinado modo y, tal como acontece en el homicidio simple, puede ocurrir por acción u omisión; de esta forma, realiza un feminicidio por omisión el padre que deja de proveer alimentos a su hija recién nacida tras sentirse defraudado por el sexo de su descendiente.

Existiendo un resultado, y toda vez que la causalidad natural no es suficiente para imputar jurídicamente el resultado (art. 9 C. P.), es necesario acudir a la causalidad jurídica (Cerezo, 2008, p. 362) en los términos de las diversas teorías sobre la imputación del tipo objetivo (Terragni, 2013, p. 138; Velásquez, 2007, p. 610). Por lo demás, el tipo penal examinado en concreto no contempla otras circunstancias objetivas que precisen ser verificadas.

Elementos subjetivos

Se trata de un delito que debe perpetrarse con dolo, puesto que el principio de *numerus clausus* contemplado en el art. 21 C. P. señala que la conducta será dolosa siempre que no esté prevista expresamente como culposa o preterintencional. Por consiguiente, conforme al art. 22 C. P., el agente debe conocer los elementos constitutivos de la infracción penal y querer su realización (Velásquez, 2010, p. 622; Terragni, 2013, p. 173).

Por otro lado, el tipo en comento conlleva un elemento subjetivo distinto del dolo (Velásquez, 2007, p. 630), aunque implícito (Velásquez, 2013, p. 153), pues exige que la muerte de la mujer (sujeto pasivo) se cause, precisamente, por esa condición. Este ingrediente es esencial para la configuración del feminicidio y contribuye a su mayor desvalor.

Con base en lo expuesto en los dos párrafos anteriores, cabe preguntar si es posible que el feminicidio se realice con dolo eventual. Sobre el particular, debe advertirse que los ingredientes subjetivos pueden aludir,

en general, a propósitos delictivos o a motivos del autor (Velásquez, 2007, p. 320), acarreado tal distinción consecuencias diversas en cada caso. Como acertadamente señala algún autor, los fines –o los propósitos– constituyen verdaderos dolos específicos, al tiempo que los móviles ponen de presente la personalidad del reo (Bettioli, 1965, p. 394); así, los delitos que requieren un ‘dolo específico’ sugieren un dolo directo, ya que la finalidad propia exige la realización de un plan delictual (Roxin, 1997, p. 426), mientras los móviles, por su parte, sí parecen admitir la figura del dolo eventual. De esta forma, cuando un determinado tipo penal exija ciertas finalidades o propósitos –y no unos motivos–, no será posible atribuir responsabilidades a título de dolo eventual, pues esas intenciones especiales precisan un dolo directo (Terragni, 2013, p. 192).

La cuestión, en todo caso, está sujeta a debate, pues algunos autores entienden que las motivaciones a las cuales viene de hacerse referencia no hacen parte de la tipicidad (como sí lo harían las finalidades o propósitos, en la medida en que están encaminados a dirigir la conducta), sino de la culpabilidad (Zaffaroni, 2005, p. 420).

En los últimos años, algunos movimientos feministas han propuesto desligar la figura del feminicidio del ingrediente subjetivo previamente analizado, pues, en su sentir, se debe priorizar la experiencia de las mujeres sobre la intención de los hombres (Radford & Rusell, 1992, p. 3); para otros, en cambio, esto es imposible, pues entienden que se trata de una forma de violencia caracterizada justamente por la intención del agente. En cualquier caso, es importante advertir que sin esta intencionalidad la muerte sería constitutiva de un homicidio común, aunque realizado sobre una mujer. No obstante, como indican algunos autores, tal elemento subjetivo es inaprensible para el juzgador quien deberá, en el peor de los casos, presumirlo (Cuerda, 2010, pp. 40-41).

Siguiendo esta última línea, que parte de la inasibilidad de los ingredientes subjetivos para el juzgador, y satisfaciendo a quienes exigen prescindir del móvil feminicida, el legislador colombiano permitió que dicho elemento pudiera ser remplazado por la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en los diferentes literales del artículo 104 A, todos ellos tan amplios y generosos en la enunciación de ingredientes objetivos

como para que quepan un sinnúmero de conductas que no reflejan necesariamente la comisión de un feminicidio.

Los tipos alternativos previstos en el art. 104 A

En lo referente al literal a) del precitado artículo, resulta bastante criticable la inclusión de un número importante de ingredientes objetivos carentes de conexión con el fenómeno de la violencia de género; esto da pie a interpretaciones especialmente amplias, según las cuales, por ejemplo, causar la muerte a una mujer con quien se tuviere una relación de compañerismo constituiría un feminicidio, siempre que se hubiere ejercido un ciclo de violencia, *verbi gratia*, psicológica en su contra. Desde luego, esta referencia es equívoca, pues hay una infinidad de situaciones en las cuales se suscitan ciclos de violencia psicológica frente a una persona dentro de un contexto de compañerismo laboral, escolar, etc., sin que ello suponga, al menos no necesariamente, ningún tipo de violencia de género (La Nación, 2014).

En cuanto al literal b), es importante advertir que incorpora ingredientes típicos de alcance dudoso que dan lugar a construcciones semánticas sin ningún tipo de efecto real en la legislación. Así, por ejemplo, cuando se alude a la instrumentalización de género, sin que esté claro, en absoluto, qué supuestos quiso sancionar el legislador colombiano al acudir a dicha fórmula.

Al literal c), en cambio, no le caben mayores objeciones, pues se trata de una descripción técnicamente razonable, a pesar de buscar la objetivación de factores subjetivos, ya que esta es precisamente la razón de ser de la legislación en comento, tal y como previamente se anotó.

El literal d), a su turno, deja ver una redacción afanada y sin ningún rigor, pues el legislador incluyó como tipo simple de feminicidio la muerte que se le diere a una mujer para causar terror o humillación en el enemigo, pretendiendo con ello, aparentemente, castigar la instrumentalización de la mujer en el marco de un conflicto armado. Esto, pese a que, como ya se dijo, el homicidio cometido en persona protegida (circunstanciado por un conflicto armado) agravado por móviles de género no se derogó y se encuentra vigente en el segundo inciso del art. 135 C. P. Por esta razón,

la descripción típica examinada no está llamada a ser objeto de especial aplicación, pues cuando la muerte de la mujer –no combatiente– ocurra en el marco del conflicto, para generar terror en quien se considera enemigo, debería aplicarse, por principio de especialidad, el art. 135 C. P.

La construcción contenida en literal e) del artículo analizado, por su parte, causa extrañeza, debido a que la existencia de un indicio sobre cualquier tipo de violencia o amenaza –no denunciada– sobre la mujer, transforma un homicidio en un feminicidio, con lo que ello significa desde el punto de vista de las penas respectivas. Semejante redacción no es propia de un derecho penal basado en el liberalismo Beccariano, sino característica del originado en una política criminal desordenada y visceral que, sin ningún rubor, abre de tal forma el tipo penal que termina abarcando situaciones que carecen de relación alguna con lo que se pretende castigar, vulnerando de manera descarada los principios llamados a regir un ordenamiento penal racional y, en especial, el de legalidad.

En lo atinente al literal f), huelga denunciar nuevamente que se trata de una redacción que amplía de manera excesiva el tipo penal, toda vez que permite calificar como un feminicidio la muerte de una mujer cuando, en algún momento anterior indefinido, hubieren ocurrido actos de incomunicación o de privación de la libertad de locomoción; la disposición tiene en cuenta dos situaciones diferentes–la muerte de una mujer y un indeterminado acto de incomunicación o de privación de la libertad– que, si bien pueden hacer parte de un ciclo de violencia de género, no necesariamente tienen que estar vinculados al mismo; tal nexos no es exigido de forma expresa por el tipo examinado.

Finalmente, vale la pena señalar que varios de los supuestos de hecho del delito básico de feminicidio consumen los ingredientes típicos de dos o más redacciones típicas ya existentes en el C. P., lo que abre la puerta a un sinnúmero de concursos aparentes, cuya resolución exige atender a los principios de consunción y especialidad (Velásquez, 2007); en tales casos, como es sabido, queda excluida la posibilidad de aplicar un concurso de delitos que, para efectos de la tasación de la pena, implicaría una pena más drástica. En este sentido, la ley contraría su finalidad de ‘endurecer’ el

castigo, pues al refundir en un mismo tipo penal –el de feminicidio– los requisitos de otros varios delitos, propicia la imposición de una pena menor.

Las modalidades de feminicidio agravado

Con la expedición de la ya mencionada Ley 1761 de 2015, el legislador, además de incluir una serie de diferentes tipos que describen el feminicidio como un tipo penal básico, previó en su art. 3 una serie de circunstancias de agravación punitiva de esta guisa:

Circunstancias de agravación punitiva del feminicidio. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

- a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.
- b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.
- c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.
- d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.
- e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.
- f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.
- g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código.

Tal y como puede advertirse, se trata, una vez más, de una redacción abundante en conjunciones disyuntivas que permiten elaborar una cantidad excesiva –y en no pocas ocasiones redundante– de supuestos de hecho.

Esta situación, que es potenciada por las remisiones hechas a otras normas penales, arroja, al combinar los 49 supuestos de hecho iniciales con las diferentes alternativas propuestas como agravantes, alrededor de cinco mil ochocientas modalidades agravadas; con esto a la vista, no hace falta indicar que la posibilidad de enfrentarse a un feminicidio simple queda reducida al mínimo y, por lo mismo, el art. 104 B hace inaplicable en la práctica el art. 104 A.

La falta de técnica y de rigor en estas normas, así como la ausencia de cualquier indicio de orden o de un ánimo de sistematización por parte del legislador, es evidente. Tres ejemplos bastan para ilustrar lo dicho: en primer lugar, el literal f) de la disposición comentada que, al prever como agravante que la muerte de la mujer esté antecedida de cualquier tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico, estaría llamada a aplicarse respecto de casi cualquier feminicidio, pues resulta bastante difícil imaginar un supuesto en el que alguien le de muerte a otra persona sin que esa muerte venga precedida por algún tipo de agresión o sufrimiento de las naturalezas indicadas. En segundo lugar, el literal g) que alude al art. 104 numeral 1 C. P., el cual agrava la figura del homicidio cuando medie parentesco entre los sujetos activo y pasivo, en la medida en que estas mismas circunstancias son recogidas, con mayor o menor rigor, por el literal a) del art. 104 A C. P.

Finalmente, en tercer lugar, resulta exagerada y muy poco práctica la remisión al art. 104 numeral 3 C. P. que, a su vez, remite a una serie de artículos cuyos supuestos difícilmente se acompañan con el feminicidio; por ejemplo, no es fácil imaginar que una persona decida darle muerte a una mujer por razones de género y, en orden a cumplir con ese propósito, acuda a medios tales como la utilización de 'la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana'. La determinación del supuesto de hecho relevante es, por lo demás, un verdadero rompecabezas: en el caso descrito antes, está integrado por el art. 104 A complementado por el 104 B, literal g) que remite al art. 104 numeral 3 y este último reenvía al Capítulo II del Título XII, donde se encuentra el art. 367 que tiene un inciso segundo. No hace falta decir mucho más.

Conclusiones

Pese a los esfuerzos por erradicar la violencia contra las mujeres, la frecuencia con que estos hechos se reiteran en el territorio nacional es sin duda preocupante. Para atender este problema, los gestores de la política criminal estatal han reaccionado expidiendo normas que, amparadas en la discriminación positiva, protegen exclusivamente a las mujeres y endurecen la respuesta penal frente a la violencia que las afecta. En este sentido, se han introducido agravantes, incrementado las penas, incluido delitos autónomos y restringido los beneficios procesales y penitenciarios.

Sin embargo, pese a la gravedad de estos hechos, la idoneidad de las medidas penales adoptadas para resolver el problema es cuestionable y a ello contribuye el que esta actividad legislativa –al menos en Colombia– esté precedida de casos que reciben un gran despliegue mediático, a propósito de los cuales se advierte sobre la inoperancia del sistema penal, la bondad de las sanciones y la existencia de ‘beneficios’ procesales y penitenciarios que resultan incompatibles con la gravedad de los casos denunciados. La regulación resultante riñe –por exagerada– con el principio de proporcionalidad, no obedece a un diseño político criminal que garantice su eficacia y difícilmente puede esperarse que resuelva el problema; lo cual es apenas normal cuando la política criminal estatal obedece a quienes se aprovechan del miedo de la población (Ruiz & Turcios, 2009, p. 200).

Las notas características de estas normas no son casuales, sino el producto de la convergencia de intereses de políticos que aprovechan el repudio social mayoritario que genera la violencia contra las mujeres para posicionarse en las urnas o en las pantallas, que utilizan al derecho penal con fines propagandísticos y cuyo mayor aporte es el de perpetuar una legislación penal contraria a la técnica e ineficaz. La sociedad termina dividida entre ciudadanos ejemplares y viles criminales que merecen un castigo especial, sin que importe mucho preocuparse por su dignidad, pues no son personas sino monstruos; esta es una solución sencilla, económica y conveniente para una sociedad violenta y vindicativa (Martínez, 2008, p. 190).

Un claro ejemplo de esto lo proporciona la Ley 1761 de 2015 que, conforme pudo constatarse, incorporó una cantidad absurda de supuestos de

hecho punibles, muchos de ellos simbólicos y carentes de efectos prácticos, en los cuales se evidencia un preocupante desinterés por la técnica legislativa, al igual que por los principios que orientan la creación y la aplicación de las normas penales. El resultado de ello es el detrimento de la seguridad jurídica y la negación del principio de legalidad, producto de unas normas que, en este orden de ideas, no se condicen con una política pública seria en contra de la violencia de género.

Los medios de comunicación, prevalidos de su influencia sobre la opinión pública, legitiman estas prácticas legislativas (Soto, 2005, p. 17) cuando magnifican la necesidad de protegerse de los delincuentes y aplauden las medidas severas, sin indagar por su corrección técnica o por la posibilidad de que las mismas sean aplicadas; esto es irresponsable y puede resultar peligroso (Soto, 2005, p. 19). Esta legitimidad conseguida a golpe de medios y de normas penales simbólicas no sirve de nada cuando las tasas de criminalidad permanecen estables o aumentan ligeramente (Cepalstat, 2013a; 2013b); además, el temor de la sociedad sumado a la percepción generalizada sobre la ineficacia de las instituciones, favorece la autocomposición.

No puede olvidarse el carácter preponderantemente pasional de esta forma de violencia, cuyos perpetradores actúan, por regla general, sin consideración a las consecuencias jurídicas de su proceder (Martínez, 2008). No se trata de justificar la violencia de género, ni mucho menos de restarle importancia; por el contrario, el objetivo es señalar que el contexto propuesto por esta forma de violencia debe ser conocido y atendido por los encargados de diseñar las políticas públicas, de tal forma que puedan implementar las medidas más adecuadas para su prevención y disminuir, de verdad, las tasas de criminalidad. La generación de una sensación de seguridad falsa y momentánea como la que brinda la ley señalada no es una respuesta admisible.

En fin, si a esta amalgama de irregularidades se le adiciona la falta de destreza jurídica de quienes hoy legislan, que en considerable proporción han dedicado su vida a oficios ajenos al jurídico y, por ello, ignoran los límites a la facultad punitiva del Estado, así como los fundamentos de la técnica legislativa, la posibilidad de instaurar un derecho penal de enemigo parece más cercana que nunca y, junto a ella, la posibilidad de castigar al

transgresor de la libertad sexual de otro con procesos químicos de neutralización. Esto, qué duda cabe, evoca los tiempos arcaicos en que al ladrón se le amputaban las manos o al blasfemo los labios y la lengua (Terragni, 2013) y sugiere un escabroso horizonte; con mayor razón si se tiene en cuenta que, de hecho, medidas de igual arbitrariedad (p. ej., los llamados muros de la infamia propuestos en Bogotá) han sido aprobadas sin rubor por parte de las autoridades públicas, pese a cercenar los derechos de todos los asociados frente al poder punitivo del Estado, incluidos los infractores de la ley penal (Ciani, 2013, p. 15).

Ahora bien, el tratamiento dogmático del fenómeno comentado ha sido desafortunado: las carencias de técnica legislativa y las dificultades teóricas y probatorias asociadas a la redacción legal de estos delitos ya fueron explicadas. Igual de lamentable es su manejo político criminal, en tanto cae en la ingenua creencia de que los problemas de una comunidad se resuelven con la simple promulgación de leyes, para el caso, penales. El feminicidio es un problema de gran entidad, para cuya solución no basta con la respuesta represiva: se necesitan políticas preventivas y mecanismos de alerta que protejan a las mujeres víctimas de la violencia de género (Sciortino & Guerra, 2009).

Como la violencia de género se puede dar indistintamente sobre cualquier individuo de la especie humana, la explicación de por qué es más grave matar a una mujer por el hecho de ser mujer que hacer lo propio con un hombre, debe, si quiere ser constitucional, justificarse axiológicamente y no por razones estadísticas. En cualquier caso, pese a la viabilidad de las acciones afirmativas de discriminación positiva, siempre será mejor acudir a leyes generales; por ende, redacciones como 'el que mate a otro en razón de su género' siempre serán más afortunadas que las enfocadas en un cierto sexo o género.

Por otra parte, atendido el carácter simbólico propio de toda norma jurídica, este tipo de leyes refuerzan odiosos estereotipos que, en lugar de combatir la discriminación, la arraigan dentro de una sociedad que lucha por su abolición. Aunque pretendan proteger a la mujer, estas disposiciones refuerzan la idea de mujeres débiles y de hombres maltratadores, siendo ambos prototipos negativos que dejan dudas sobre el punto en el que recae

el desvalor penal: si las circunstancias culturales discriminatorias en las que se desarrolla la mujer –en razón de unos roles– es la razón de una mayor punibilidad, no parece admisible que el vehículo para castigar al victimario refuerce dichos estereotipos y victimice, de este modo, de manera continuada a la mujer como colectivo.

Tampoco puede el derecho penal moderno permitir que se fundamenten penas elevadas en comportamientos y actitudes –reales o pretendidas– atribuidas a grupos o colectivos sociales, por repudiables que sean, pues la responsabilidad penal es de carácter personal y nadie puede ser sancionado por actos que no ha cometido, para el caso, los numerosos feminicidios perpetrados por personas indeterminadas a lo largo de la historia.

Por último, es necesario insistir en que la violencia de género no es un fenómeno que afecta exclusivamente a las mujeres y que su castigo debe responder al desvalor social que le corresponde, en el marco de una política criminal que no esté sesgada por la ideología de los grupos que la impulsan. Las normas deben ser eficaces y hacer parte de políticas públicas integrales que no se agoten en la sanción de los daños ya hechos y enfrentar las circunstancias culturales, económicas y sociales de las mujeres.

De esta forma, la intervención pública no debe limitarse a engrosar el catálogo de delitos y de penas, sino que el rechazo a la violencia de género se debe dar en todas las estructuras sociales, empleando para su superación todos los mecanismos de control social. En lo referido al control punitivo, es necesario armonizar las partes general y especial del Código, así como los estatutos procesal y de ejecución, al hilo de políticas serias y estables, con penas proporcionales orientadas a la prevención y a la resocialización, donde las normas no tengan efectos sólo simbólicos.

Bibliografía

- Álvarez, C. D. (2010). Raíces de la violencia de género. En N. A. Marchal E. (Ed), *Manual de la lucha contra la violencia de género*, (pp. 43-64). Pamplona: Arazandi.
- Argentina. Ley 11.179. *Código Penal de la Nación Argentina*. (1921). Boletín 03 de 1921. Congreso de la Nación Argentina, septiembre. Modificado por Ley 26.791. (2012) Boletín 32543. Congreso de la Nación Argentina, diciembre.
- Bardón, C. B. (2007). En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, 02:1-02:26. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>
- Barragán, F. & Jurado, M. (2010). Lineamientos de política pública para la prevención, atención y sanción de las violencias basadas en el género y contra las mujeres en Colombia (Documento de trabajo). Bogotá D.C. Recuperado de: <http://www.equidadmujer.gov.co/Normativa/PoliticaPublica/LineamientosPolitica.pdf>
- Bettiol, G. (1965). *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.
- Böhm, M. L., & Jáuregui, H. R. (2013). Ley guatemalteca contra el feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer. *Boletín Semestral GLIPGö*, 5, 36-54.
- Byrka, K. (2009). *Attitude-behavior consistency* (Tesis doctoral, Eindhoven University of Technology in the Netherlands). Recuperado de: http://alexandria.tue.nl/extra2/200911_587.pdf
- Caso Gonzáles y otras (“Campo Algodonero”) vs México, Serie C núm.. 205, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, noviembre, 16). Ponente Dra. Cecilia Medina Quiroga.
- Centro de Justicia y el Derecho Internacional: CEJIL. (2010). *Herramientas para la protección de los derechos humanos: Sumarios de jurisprudencia. Violencia de Género*. Buenos Aires: Folio Uno.

- Cepalstat. (2013a). *Muerte de mujeres ocasionada por su pareja o ex-pareja íntima*. Recuperado de: <http://www.eclac.org/oig/ws/getRegionalIndicator.asp?page=01&lang=spanish>
- Cepalstat. (2013b). *Observatorio de igualdad de género de América Latina y el Caribe*. Recuperado de: <http://www.eclac.org/oig/WS/getCountryProfile.asp?language=spanish &country=COL>
- Cerezo, M. J. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: B de f.
- Chile, Código Penal de la República de Chile. (1874). Chile. Congreso Nacional de Chile, noviembre. Modificado por la Ley 20480 de 2010, Modifica el Código Penal y la Ley No. 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. (2010) Oficio No. 9122. Congreso Nacional de Chile, noviembre.
- Ciani, I. (2013). Criminología mediática, castración química a violadores y política criminal: ¿eficientismo antigarantista? *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, 2013, 10, 1-16. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4162836.pdf>
- COLPRENSA. (19 de mayo de 2013). En 2012, 1.146 mujeres fueron víctimas de feminicidio en Colombia. *El Universal*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/1/1146_mujeres_fueron_victimas_de_feminicidio_en_2012/1146_mujeres_fueron_victimas_de_feminicidio_en_2012.asp
- Constitución Política. (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Costa Rica, Ley No. 4573 de 1970, Código Penal de Costa Rica. (1970). Gaceta No 257 1970. Asamblea Legislativa de Costa Rica, noviembre. Modificada por la Ley 8589 de 2007, Penalización de la violencia contra las mujeres. (2007) Gaceta No 103 de 2007. Asamblea Legislativa de Costa Rica, mayo.

- Cuerda, M. L. (2010). Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como delitos de violencia de género. *Revista General de Derecho Penal*, 13, 1- 44.
- EFE. (25 de noviembre de 2013). Más de 500 feminicidios se cometieron en primer semestre de 2013. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/mas-de-500-femicidios-se-cometieron-primer-semestre-d-articulo-460394>
- Ferrer, V. A., & Bosch. F. E. (2000). Violencia de género y misoginia. *Papeles del psicólogo*, 75. Recuperado de: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=815>
- Ferreira, D. F. (2006). *Derecho Penal Especial*. Bogotá: Temis.
- Fondo de Publicaciones de las Naciones Unidas. (2011). *La respuesta sanitaria frente a la violencia contra la mujer. UNFPA Perú*. Recuperado de: <http://www.unfpa.org.pe/WebEspeciales/2012/Noviembre2012/NoViolencia/Documentos/Nota02.html>
- Fontán B, C., & Ledesma, G. A. (2013). *Tratado de derecho penal. Parte especial I*. Buenos Aires: La Ley.
- Forero, B. F. (21 de mayo de 2012). Las últimas horas de Rosa Elvira Cely, la mujer que conmocionó al país. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11918451>
- Gaceta 322 de 2015. Senado de la República.
- García, P. P. (2010). Un estudio sociológico de la violencia de género. En A. N. Marchal Escalona, *Manual de lucha contra la violencia de género* (pp. 65-96). Pamplona: Aranzadi.
- Rozo, R. J. (1999). *Derecho Penal General, Julio*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Herrera, F. J. (2009). *Violencia intrafamiliar*. Bogotá: Leyer.
- La Nación (29 de abril de 2014). Caso Naira Cofreces: tres mujeres detenidas por el crimen que conmocionó a Junín. Recuperado de: <http://www.>

lanacion.com.ar/1686349-caso-naira-cofreces-tres-detenidas-por-el-crimen-que-conmociono-a-junin

Laurenzo, C. P. (2005). La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 08:1-08:23. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>

Laurenzo, C. P. (2012). Apuntes sobre el feminicidio. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 119-143. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5030&dsID=Documento.pdf>

Laurrari, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta.

Lemaitre, J. (2008). La mirada de los jueces. En C. Motta, & M. Sáez, *La mirada de los jueces. Tomo 1: Género en la jurisprudencia de Latinoamérica*. (pp. 549-630). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.

Ley 1257 de 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. Diario Oficial núm. 47.193. Congreso de la República.

Ley 248 de 1995. Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994. Diario Oficial núm. 42.171. Congreso de la República.

Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Diario Oficial núm. 42.836. Congreso de la República.

Ley 51 de 1981. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de

- diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980. Diario Oficial núm. 35.794. Congreso de la República.
- Ley 599 de 2000. *Código Penal Colombiano*. Diario Oficial núm. 44.097. Congreso de la República.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial núm. 44.872. Congreso de la República de Colombia. Ley 984 de 2005. Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Diario Oficial núm. 46.002. Congreso de la República.
- Ley 1761 de 2015. Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely). Diario Oficial núm. 49.565. Congreso de la República.
- Mantilla, F. J., & Uprimmy, Y. R. (2009). Violencia de género y justicia constitucional en Colombia. En UNIFEM (Ed.), *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 117-164). Recuperado de: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.177.pdf
- Martínez, S., M. (2008). Populismo punitivo, mayorías y víctimas. *Revista de derechos fundamentales*, 2, 183-199. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3999322.pdf>
- Marthe, A. M. (2015). Comportamiento del Homicidio en Colombia 2014. En Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Ed.), *Forensis* (pp. 92-131). Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/88730/1656998/Forensis+Interactivo+2014.24-JULpdf.pdf/9085ad79-d2a9-4c0d-a17b-f845ab96534b>
- Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, & CEJIL. (2008). *Seguimiento al informe: Discriminación y violencia contra las mujeres derivadas del conflicto armado*. Recuperado de: <http://www.abcolombia.org.uk/>

downloads/2008_10_22_FINAL_documento_audiencia_mujeres_y_conflicto_armado.doc.

Noticias Caracol. (23 de junio de 2012). Rinden homenaje a Rosa Elvira Cely en el Parque Nacional de Bogotá. Recuperado de: <http://www.noticiascaracol.com/nacion/video-268397-rinden-homenaje-a-rosa-elvira-cely-el-parque-nacional-de-bogota>

Organización de Estados Americanos [OEA]. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Belem Do Para*. Comisión Interamericana de Mujeres, noviembre.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1994). *Resolución Aprobada por la Asamblea General 48/10. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Asamblea General, febrero.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1979). *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer*, diciembre.

Ortuño, I., & Zilbeti, M. (2007). Feminicidio: Metodología feminista para reformar una realidad. Su aplicación en el contexto mexicano. *Sortuz*, 1(2), 37-54.

Pinzón, D. C. (2008). Violencia de género y violencia sexual en Colombia. *Documentos de CERAC*, 11, 1-16. Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/30748950/Violencia-de-genero-y-violencia-sexual-en-Colombia>

Polo, C. (5 de febrero de 2014). Un mes después sigue el misterio por el homicidio de Katherine. *El Heraldo*. Recuperado de: <http://www.elheraldo.co/judicial/un-mes-despues-sigue-el-misterio-por-el-homicidio-de-katherine-141735>

Procuraduría General de la Nación. (2009). Situación de Violencia contra las Mujeres. Ley 1257 de 2008. *Vigilancia superior a la garantía de los derechos desde la perspectiva de género. Procurando la equidad*, 4, 4-15. Recuperado de: <http://odesdo.org/servlet//imagess/0/adjuntos/e8c30705dc52b27e2afb968af7ba43ce.pdf>

- Proyecto de Ley 107/13, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. [Feminicidio, Rosa Elvira Cely]”. Gaceta 290/14. Congreso de la República. Junio de 2014.
- Pujal, M., & Amigot L, P. (2010). El binarismo de género como dispositivo de poder social, corporal y subjetivo. *Quaderns de Psicologia*, 12(2), 131-148. Recuperado de: <http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/770/717>
- Radford, J., & Rusell, D. E. (1992). *Femicide. The politics of woman killing*. New York: Twayne.
- Real Academia Española [RAE]. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa Libros.
- Reyes, J. I. (2010). Constitucionalidad de la Ley de Igualdad. En A. N. Marchal Escalona, *Manual de lucha contra la violencia de género* (pp. 323-350). Pamplona: Arazandi.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Rueda, M. Á., & Boldova, M. Á. (2004). La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidad entre mujeres y hombres*, 15, 65-73. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1335817.pdf>
- Ruiz, J. I., & Turcios, L. A. (2009). Percepción de seguridad, victimización y cultura ciudadana: sus relaciones en cinco contextos iberoamericanos. *Pensamiento psicológico*, 6(13), 193-202. Recuperado de: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/pensamientopsicologico/article/view/125/371>
- Sciortino, M. S., & Guerra, L. A. (2009). Un abordaje del feminicidio desde la convergencia entre teoría y activismo. *Revista Venezolana de*

estudios sobre la mujer,14(32), 99-124. Recuperado de: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvem/v14n32/art09.pdf>

Sentencia C-410 de 1994. Acción de Constitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-622 de 1997. Acción de Constitucionalidad. M.P. Hernando Herrera Guevara. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-082 de 1999. Acción de Constitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-371 de 2000. Acción de Constitucionalidad. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-722 de 2004. Acción de Constitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-101 de 2005. Acción de Constitucionalidad. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-674 de 2005. Acción de Constitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-804 de 2006. Acción de Constitucionalidad. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-240 de 2010. Acción de Constitucionalidad. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-776 de 2010. Acción de Constitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia C-335 de 2013. Acción de Constitucionalidad. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia STC 59/2008, Sentencia del Tribunal Constitucional. M.P. Guillermo Jiménez Sánchez. Tribunal Constitucional de España.

Sentencia STC 80/2008. Sentencia del Tribunal Constitucional. M.P. Javier Delgado Barrio. Tribunal Constitucional de España .

- Serrano G, A., & Serrano M, A. (2013). *Derecho Penal Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Soto, N. S. (2005). La influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7(09). 09:1-09:46. Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>
- Tello, J. E. (2012). Comportamiento del Homicidio en Colombia 2012. En *Forensis*, (pp. 121-154). Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/34861/2+1+homicidios+forensis+2012.pdf/93e08466-d8a4-4e3f-9baf-22181ae2bb28>
- Terragni, M. A. (2013). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Parte General I*. Buenos Aires: La Ley.
- UNFPA (2012). Annual Report. Recuperado de: <http://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/AR%202012%20EN-Final.pdf>
- Velásco, J. C. (2007). Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia. *Daimon. Revista de Filosofía*, 41, 141-158.
- Velasco, V. L., & Lozano M, N. (2012). Comportamiento de la violencia intrafamiliar Colombia, 2012. *Forensis*. pp. 199-277. Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/34861/4+3+violencia+intrafamiliar+forensis+2012.pdf/5997a36c-33b5-4a2c-a89a-5c999582c31d>
- Velásquez, F. M. (2007). *Derecho penal parte general*. Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. M. (2010). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Velásquez, F. M. (2013). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Andrés Mujeres.
- Verguel, J. A. (2014). La relación entre el tipo de femicidio y el overkill por arma blanca. *Forensis. Datos para la vida*, 15(1), 115-125. Recuperado de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/188820/>

FORENSIS+2013+2-+homicidio.pdf/2af79b03-2a12-4341-a9a7-
c3d9a251c38f

- Villanueva, F. R. (2011). Tipificar el feminicidio ¿la “huída” simplista del derecho penal? En Cladem (Ed.), *Contribuciones al debate sobre la tipificación del feminicidio/femicidio* (pp. 147-170). Lima: Cladem.
- Villegas, D. M. (2010). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. *Revista de Derecho*, 23(2), 149-174.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaikoski, D. (2008). Género y derecho penal. Tensiones al interior de sus discursos. *La Aljaba*, 12, 117-134. Recuperado de: <http://www.scielo.org.ar/pdf/aljaba/v12/v12a08.pdf>

Libertad personal e igualdad de armas en el proceso penal ‘acusatorio’ colombiano*

Juliana Andrea León Arévalo**

Resumen

El proceso penal colombiano es un proceso mixto, si bien es cierto que las modificaciones –constitucionales y legales– de los últimos tiempos han enfatizado su carácter acusatorio; no obstante, dicha tendencia acusatoria ha perdido fuerza gracias a los desarrollos legales y jurisprudenciales experimentados por el ‘nuevo’ sistema durante su vigencia. Esto es evidente cuando se examina lo ocurrido a propósito del régimen de libertad personal y de la igualdad de armas, como lo corrobora el que la detención preventiva hubiera perdido su carácter cautelar, transitorio y excepcional o la constatación de la desproporción entre las facultades del acusador y del acusado y las diversas prerrogativas concedidas tanto al Ministerio Público como a las víctimas.

Palabras clave

Sistema acusatorio, sistema inquisitivo, proceso penal colombiano, libertad personal, igualdad de armas.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Derecho penal, parte especial y legislaciones complementarias”, liderado por el Prof. Fernando Velásquez Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda.

** Miembro del semillero de investigación “Problemas Actuales del Derecho Penal”, adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’.

Introducción

Cuando se examinan las características del modelo de enjuiciamiento de un determinado Estado se advierten varias características susceptibles de asociarse con alguno de los paradigmas históricos, acusatorio e inquisitivo. A día de hoy, como es apenas natural, resulta casi imposible hallar un proceso penal que se corresponda exclusivamente con las notas de uno u otro, y eso ha dado lugar a la preeminencia del proceso mixto, cuya tendencia podrá ser acusatoria o inquisitiva dependiendo de cuáles notas sean predominantes.

En el caso colombiano, el proceso penal había sido tradicionalmente un proceso mixto con tendencia inquisitiva, pero el deseo de hacer del mismo un mecanismo mucho más eficaz, así como el ánimo de revestir la persecución penal de mayores garantías, ha propiciado un incesante acercamiento del modelo de enjuiciamiento a la propuesta acusatoria. Para hacerlo más efectivo, se ha enfatizado en que las actuaciones sean mayoritariamente orales, concentradas y públicas y, en orden a garantizar de mejor manera los derechos fundamentales, se han separado las funciones de investigar, acusar y juzgar, fortaleciendo así la imparcialidad del juez y propiciando un proceso de partes donde la Fiscalía General de la Nación ve limitada la posibilidad de afectar derechos fundamentales y concentra su actividad en la investigación y la acusación de los delitos.

El punto más alto en esta evolución, que se ha dado de forma progresiva, se alcanzó con las reformas introducidas por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, mediante las cuales se introdujo el 'sistema acusatorio' al país; afirmación esta última que se corresponde con el declarado interés de sus promotores en el sentido de acentuar el carácter acusatorio del modelo de enjuiciamiento patrio.

El propósito de este trabajo es, atendido lo anterior, identificar las notas históricas que se le atribuyen a los sistemas procesales acusatorio e inquisitivo para, a continuación, precisar las características actuales del proceso penal colombiano y examinar lo acontecido en punto de la presunción de inocencia y la igualdad de armas. Todo lo anterior, con el propósito de, en definitiva, comprobar el alcance de la tendencia acusatoria del proceso patrio en punto de los dos aspectos señalados.

El resultado de esta indagación permitirá concluir, conforme tendrá ocasión de comprobarse, que el proceso penal colombiano sigue siendo uno mixto en el cual, si bien los rasgos acusatorios han cobrado mayor fuerza luego de las reformas aludidas, lo cierto es que sigue estando lejos de corresponderse con un modelo decididamente acusatorio.

A los efectos anteriores, este trabajo se ocupa, en primer lugar, de hacer una breve referencia al concepto de proceso, su naturaleza jurídica, sus fines o funciones y, claro, a los rasgos de los diferentes modelos procesales, para, luego, en segundo lugar, precisar las notas más sobresalientes del sistema procesal penal vigente en Colombia a partir de la revisión del Acto Legislativo 3 de 2002 y la Ley 906 de 2004, incluida alguna referencia a sus trabajos preparatorios, así como de algunas decisiones de la Corte Constitucional en las cuales dicha Corporación se refiere a los rasgos que caracterizan el pretendido sistema de tendencia acusatoria.

Con este marco de referencia se examinan, en tercer y último lugar, el estado actual de las cosas en punto del régimen de libertad personal y de la igualdad de armas entre las partes, a propósito de lo cual se demuestra cómo, a partir del desarrollo legal y jurisprudencial sufrido por ambos, la tendencia acusatoria implementada años atrás se desdibuja en estos dos aspectos: en el primer caso, con motivo del incesante endurecimiento del sistema penal y del consecuente abuso de la detención preventiva y, en el segundo, debido a la desigualdad existente entre el acusador y el acusado y al desequilibrio que generan la intervención del Ministerio Público o de las víctimas en un proceso penal de partes.

Finalmente, se destina un apartado a las conclusiones generales y otro a la relación detallada de las fuentes consultadas para la elaboración de este escrito.

Sobre el proceso penal en general

Aproximarse a las cuestiones procesales y, en concreto, a las propias del derecho procesal penal no es sencillo; no solo por la complejidad teórica y práctica de los temas, que es bastante, sino por la falta de consenso en punto de sus nociones centrales, como el concepto de proceso, sus fines

o su naturaleza. Por ello, las líneas siguientes no pretenden abordar estas cuestiones con profundidad, ni poner punto final a ninguna de estas discusiones, sino más bien, hacer una relación rápida de los temas indicados para contextualizar las reflexiones ulteriores.

En cuanto al concepto, la definición de la Real Academia Española [RAE] (2014), que lo entiende como el “agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal”, si bien es ilustrativa, no precisa sus peculiaridades técnicas. Al respecto existen, cuando menos, dos propuestas: la material, que enfatiza en la resolución de un conflicto social y, la formal, que se concentra en la realización del derecho, bien sea objetivo o subjetivo; desde luego, no es sencillo separarlas, puesto que no siempre existe un conflicto real, como sugiere la primera (la mera reclamación da inicio al proceso) y la sola vulneración de una norma no origina un proceso, conforme lo propone la segunda (se necesita que alguien le dé vida al proceso) (Guasp, 1968, pp. 11-15).

Las definiciones son tan variadas y tienen tantos matices como plurales son sus autores; con todo, hay cierto consenso en cuanto a que el proceso, de un lado, tiene un carácter instrumental, acorde con el cual constituye un vehículo para la materialización del derecho objetivo (Montero, Ortells & Gómez, 1989, p. 428; Calamandrei, 1968, p. 348) y, tratándose de lo penal, del *ius puniendi* (López, 2012, p. 175) o, del otro, en punto de que está integrado por varios actos concatenados lógicamente, en los que interactúan ciertos sujetos y se satisfacen determinados fines (Devis, 1979, p. 135; Maier, 2003, p. 21).

Algo similar ocurre a propósito de sus fines o funciones, pues unos y otras están unidos al concepto que se asuma de proceso. Por ello, y ya en el ámbito penal, los autores aluden a la tutela del derecho objetivo (Vescovi, 2006, pp. 105-106), la realización del derecho penal material, la protección del infractor, la recomposición de la paz y la seguridad jurídicas, la ordenación de los actos que integran el procedimiento y la atribución de competencias (Maier, 1996, p. 21), la realización de la pretensión punitiva estatal, la garantía de un proceso conforme al Estado de Derecho o la obtención de la paz jurídica (Llobet, 2005, p. 18).

Igual ocurre con la naturaleza jurídica del proceso, sobre la cual hay varias teorías: la contractual, para la que el proceso nace del consentimiento de las personas acerca de un objeto común; la cuasi contractual que evoluciona a partir de la anterior gracias al fortalecimiento del poder estatal y el carácter público de la pena; la de la relación jurídica procesal, según la cual el proceso encierra derechos y obligaciones recíprocos entre las partes (Vescovi, 2008, p. 96) y tiende a un fin común; la de la situación jurídica o, en fin, la de la institución, en la medida en que hay una idea compartida de satisfacer una pretensión y las voluntades se adhieren a ella (Guasp, 1968, pp. 18-24).

De otro lado, según la manera en que se organiza el proceso, los autores reconocen tres sistemas o modelos históricos de enjuiciamiento criminal: el inquisitivo, el acusatorio y el mixto. A continuación, se consignan sus respectivos antecedentes y se indican algunas de sus características más relevantes.

El sistema acusatorio

Sus orígenes se remontan a la antigua Grecia y a la Roma republicana, cuando el proceso se adelantaba de manera oral y pública y las funciones de investigar y juzgar correspondían a distintos órganos. De hecho, dos de sus antecedentes más importantes son romanos: la *provocatio ad populum*, según la cual una persona condenada a muerte podía someter su sentencia a consideración del pueblo y la *accusatio*, que permitía que cualquier ciudadano denunciara y acusara, lo que ayudó a que la acción penal fuera pública (Solórzano, 2012, p. 61) y limitaba los poderes del magistrado a la sentencia.

La distinción romana entre el derecho penal privado y el público, también revela algún antecedente del jurado, pues en el marco del primero de ellos, el pretor fue desposeído de la posibilidad de resolver los asuntos penales en forma definitiva y los mismos debían remitirse al jurado para que éste se manifestara sobre ellos (Mommsen, 1991, p. 37).

El modelo acusatorio supone la existencia de un proceso de partes que deben buscar los elementos de prueba para sostener su posición y que cuen-

tan con las mismas armas (Bachmaier, 2009, p. 18). El acusado es un sujeto de derechos que se presume inocente y la restricción de su libertad durante el proceso es, si ocurre, excepcional. Por todo lo anterior, la carga de la prueba recae sobre quien acusa.

El juez es un tercero imparcial (Maier, 2002, pp. 444-445) y carece de poderes para investigar e impulsar el proceso; esta última actividad corresponde a las partes, mientras el juez se limita a examinar las pruebas allegadas por éstas. Hay un acuerdo mayoritario en cuanto a que la característica más importante de este modelo es la división de las facultades procesales de acusar (función requirente) y juzgar (función decisoria), así como su atribución a sujetos diferentes (tradicionalmente, el Ministerio público o la Fiscalía acusan y el juez decide). Al evitar que quien acuse también juzgue, se garantiza la imparcialidad del juez.

La intervención del juez o del tribunal depende de la acción de un acusador y la decisión de aquél debe respetar unos requisitos objetivos y subjetivos: los primeros, aluden a que la sentencia no puede versar sobre hechos distintos a los que fueron objeto de acusación ni incorporar otros nuevos, so pena de vulnerar el derecho del acusado a defenderse; los segundos, remiten a que el proceso solo puede dirigirse contra la(s) persona(s) acusadas. Si el juez sobrepasa estos límites, se conduciría como un acusador y comprometería su imparcialidad.

Este modelo le atribuye suma importancia a la oralidad y a la publicidad del juicio, lo cual facilita el desarrollo de la inmediación, pues el juez tiene contacto directo con las personas y con la generalidad de los medios de prueba.

Los tribunales populares, característicos del sistema en comento, representan al pueblo soberano y, por ello, sus fallos son inapelables. El origen popular del juez también explica que sus decisiones se tomen en conciencia y no precisen motivación alguna.

El sistema inquisitivo

Este sistema procesal recibe su nombre del término inquirir que significa “indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo” (Real Academia

Española, 2014). Sus antecedentes se encuentran, por un lado, en la Roma imperial, donde la denuncia y el proceso eran secretos y se tramitaban por escrito, lo cual dificultaba la defensa del acusado quien, a propósito, se consideraba un medio de prueba (Solórzano, 2012, p. 50). En el marco del derecho penal romano público y según el modelo de la *cognitio*, tanto la investigación como la impulsión de la actuación eran oficiosas y las funciones procesales correspondían a órganos estatales (Manzini, 1949, p. 5).

El otro antecedente remite al derecho canónico, en el marco de la persecución de la Iglesia a las herejías que fue apoyada por los monarcas absolutistas de la época medieval (Ordoñez & Cano, 2003, p. 74). Surge formalmente con el reglamento que le dio forma a la Inquisición, dictado por el Papa Inocencio III en el Concilio de Letrán de 1215 (Solórzano, 2012, p. 51).

El modelo nace vinculado estrechamente a la concepción absolutista del poder y su defensa: la soberanía radicaba en una sola persona y el único fin del sistema era reprimir a quien perturbara dicho orden. A los efectos anteriores, se permitía el uso de cualquier medio, aunque pudiera considerarse cruel y eso propició que los enjuiciados terminaran incriminándose debido a los métodos utilizados –en concreto, la tortura– para obtener su confesión (Maier, 2002, p. 447). No había consideración alguna por la persona y el reo se tenía por un simple objeto de investigación.

Tal vez, el rasgo más característico de este modelo es que las funciones procesales básicas están concentradas en un mismo órgano que, además de actuar en forma oficiosa, representa al Estado y ha sido establecido de forma permanente. Esta acumulación de funciones condiciona la imparcialidad del aludido órgano, puesto que quien recopila las pruebas es el llamado a valorarlas para condenar o absolver; no existe, por consiguiente, un enfrentamiento entre dos partes en situación de igualdad ante un juez imparcial, como en el esquema acusatorio.

En estos sistemas, la investigación se inicia oficiosamente y el impulso de la actuación le corresponde al órgano estatal. Las actuaciones se consiguan en actas escritas y estas, así como las pruebas de cargo y la denuncia, son secretas. La escritura y el secreto, además de impedir la intermediación

entre el juez y las partes o los hechos y los medios de prueba, constituyen un límite a la defensa, pues el acusado no puede defenderse de aquello que no conoce.

La carga de la prueba la tiene el acusado quien, a propósito, no se presume inocente y, en consecuencia, debe proporcionar las pruebas que lo exoneran. Dado que el procesado no es un sujeto de derechos sino un objeto de la persecución, la prisión preventiva y la incomunicación son la regla general (Vélez, 1982, p. 22).

En el esquema inquisitivo, el juez es un técnico conocedor del Derecho y, en cuanto al régimen probatorio, está sujeto al sistema de tarifa legal, puesto que la propia ley determina el poder de convicción de los medios de prueba. Las decisiones pueden impugnarse, pero ello, más que una garantía, era originalmente un medio para que un superior controlara el procedimiento y la ley aplicados por el inferior (Bachmaier, 2009, p. 188).

El sistema mixto

El triunfo del iluminismo luego de la Revolución Francesa y la independencia de los Estados Unidos, posibilitaron el resurgimiento de ciertos aspectos del sistema acusatorio que, al fusionarse con algunas reglas propias del inquisitivo, dieron lugar a los modelos mixtos (Maier, 2002, p. 450). A esta transformación también han contribuido los diferentes instrumentos internacionales (la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950 y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966) que exigen a los estados que sus procesos penales sean justos, lo cual se ha entendido como la necesidad de introducir algunos principios del sistema acusatorio en los modelos inquisitivos dominantes (Petroni, 1994, p. 510).

Naturalmente, no hay un único sistema mixto y la primacía de los caracteres acusatorios o inquisitivos origina tendencias en uno u otro sentido; con todo, es común que el proceso aparezca dividido en dos fases diferenciadas: la primera, de instrucción, marcadamente inquisitiva, es dirigida por un órgano estatal y llevada a cabo de manera secreta; la segunda, del juicio, es predominantemente acusatoria al celebrarse de forma oral y pública ante el juez o tribunal (Langer, s.f. p. 9).

Con algo más de detalle, puede decirse que los autores le reconocen los siguientes rasgos: (i) la iniciación e impulsión del proceso es oficiosa y ambas funciones le corresponden a órganos estatales permanentes; (ii) dependiendo de la fase procesal, predominan las formas escrita y secreta o la pública y oral, siendo la primera propia de la instrucción y la segunda del juzgamiento; (iii) el órgano encargado de la instrucción es un técnico del Derecho cuyas decisiones se basan en la ley, mientras que en el juicio puede ser técnico o lego que, en este último caso, decide en conciencia o en equidad (Vélez, 1982, p. 22) y, finalmente, (iv) la persona puede ser privada de la libertad en cualquier momento.

El proceso penal en Colombia: el camino reciente hacia el modelo acusatorio

Durante muchos años, el proceso penal colombiano podía caracterizarse como uno mixto de tendencia inquisitiva; sin embargo, la idea de conseguir que la Administración de Justicia fuera más pronta, cumplida, imparcial y respetuosa de los derechos de las personas, auspició en diversos momentos la introducción de cada vez más características acusatorias al modelo de enjuiciamiento penal, hasta que en 2004 apareció la forma más depurada de esa evolución: la Ley 906, actual Código de Procedimiento Penal (en adelante, CPP).

El camino transitado no ha sido fácil, pues cualquier reforma significativa en esta materia ha supuesto una modificación constitucional que, como se sabe, es un procedimiento complejo y requiere un desarrollo legislativo posterior no siempre fácil de materializar. Así sucedió con el Acto Legislativo 1 de 1979, mediante el cual se quiso reformar la Constitución de 1886 para crear formalmente la figura del Fiscal General de la Nación (como jefe superior de la Policía Judicial y encargado de la persecución de los delitos), al cual siguió un nuevo CPP, el Decreto 181 de 1981, llamado a derogar al Decreto 409 de 1971 (Vanegas & Merizalde, 2002, p. 176); no obstante, esta normatividad no fue aplicada al declararse inexecutable dicho Acto Legislativo.

Esta propuesta fue retomada posteriormente por la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991, que separó las funciones de investigación y

juzgamiento en órganos diferentes y creó la Fiscalía General de la Nación (arts. 116, 149 y 150 de la Constitución Política, en adelante CN); este marco constitucional determinó la expedición del Decreto 2700 de 1991 y, luego, de la Ley 600 de 2000. Sin embargo, pese a que la separación de estas funciones es algo característico de un sistema acusatorio, el proceso penal seguía siendo mixto y sus rasgos inquisitivos marcados: la Fiscalía tenía funciones jurisdiccionales como las de privar de la libertad a las personas o decretar preclusiones (Vargas, 1998), el proceso era escrito y regía el principio de permanencia de la prueba.

Acorde con la tendencia indicada, el Proyecto de Acto Legislativo 151 Cámara y 19 Senado (Gaceta del Congreso núm. 82, de 21 de marzo de 2001) propuso suprimir las funciones judiciales de la Fiscalía, establecer un juicio oral, público y contradictorio y crear el Sistema Nacional de Defensoría Pública, con el fin de propugnar por la igualdad entre la acusación y la defensa. En la Exposición de Motivos se dejó constancia del ánimo de reforzar la misión del Estado de Derecho y garantizar los derechos fundamentales, procurando que:

Quien recauda la prueba la valora y acusa, no tenga la posibilidad de *detener preventivamente*, pues su proceso mental está *predispuesto para acusar* y por ende de conformidad con el principio de la doble instancia es necesario que otro funcionario sea el que decida sobre el valor principal de la vida como es el de *la libertad* (Proyecto de Acto Legislativo 151 de 2001).

El Acto Legislativo 03 de 2002

La pretensión de reformar la Constitución en este sentido se cristalizó con el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 CN, cuyo antecedente inmediato es el Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, y con el cual se proponía que la libertad y los bienes de los sindicatos solo fueran afectados mediante una orden judicial (sin perjuicio de alguna facultad extraordinaria sujeta a control judicial posterior), reforzar la naturaleza investigativa de la Fiscalía y propender por un proceso de partes que salvaguardara la imparcialidad del juez (Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002).

Por cuanto mira con el fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía, el proyecto indicaba que debían eliminarse sus actuaciones judiciales y centrar su actividad en la investigación de los delitos y en la acusación. De ahí que se propusiera reformar el artículo 250 CN relativo a sus principales funciones, confiriéndole el monopolio exclusivo de la investigación y la acusación de las conductas punibles.

Lo anterior, por cierto, sin perjuicio de una reforma posterior al mismo artículo introducida por el Acto Legislativo 03 de 2011, que permite el ejercicio de la acción penal a los particulares, excepto en delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en ejercicio de sus funciones (Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011); lo cual no deja de ser polémico ya que autorizar que los particulares –en concreto, las víctimas y los ofendidos– ejerzan la acción penal, remite a la época en que los delitos eran considerados algo privado y su sanción no perseguía ningún interés público (Vargas, 2012, p. 74).

Tornando a las modificaciones del sistema de enjuiciamiento penal derivadas de la reforma constitucional de 2002, resulta innegable que una de las más significativas, si no la más, fue la creación del Juez –con funciones– de Control de Garantías (Sentencia C-592 de 2005), quien asumió la generalidad de las atribuciones típicamente jurisdiccionales que le correspondían a la Fiscalía en el modelo anterior, en especial, la de decidir si había lugar o no a imponer una medida de aseguramiento, así como las de aplicar el principio de oportunidad, decretar medidas cautelares sobre bienes o controlar ciertas actuaciones (registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones).

Se trataba de contar con un juicio oral, público, contradictorio y concentrado: fortalecer la oralidad le imprimiría celeridad al procedimiento y facilitaría la inmediación y la concentración en la actuación; mientras que el trámite público garantizaría un mayor equilibrio entre los poderes de las partes en el juicio y posibilitaría la contradicción procesal.

La Ley 906 de 2004

El Acto Legislativo 03 de 2002 fue desarrollado por la Ley 906 de 2004, en cuyos informes de ponencia se dejó constancia de la necesidad

de una justicia pronta, eficaz y respetuosa de los derechos y garantías de las personas, así como de que la mejor manera de hacerlo era garantizar la oralidad, la intermediación probatoria, la publicidad, la concentración, la contradicción y la libertad, en el marco de una división clara entre las labores de investigación, juzgamiento y defensa (Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 01 de 2003, marzo de 2004). Además, se insistió en la importancia de terminar con las funciones judiciales de la Fiscalía y fortalecer su función investigativa, teniendo en cuenta que el Fiscal General sería, una vez aprobada la ley, el jefe de la Policía Judicial y que, por lo tanto, debería propender por la legalidad de sus actividades.

También se mencionó de forma expresa el principio de oportunidad, el cual ha sido entendido por la Corte Constitucional como una institución central del sistema penal acusatorio, que constituye una excepción a la obligación de la Fiscalía de investigar todos los hechos constitutivos de delito puestos en su conocimiento (Sentencia C-738 de 2008). Con todo, importa advertir que esta institución no necesariamente es característica del modelo acusatorio y que en los países donde rige el sistema, como los Estados Unidos e Inglaterra, se habla más de la discrecionalidad de la que goza el órgano acusador y no tanto del principio de oportunidad (Aristizábal, 2005, p. 24).

Tal principio, conforme entendían los reformadores, materializa los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad del derecho penal y, de alguna manera, ya estaba presente en las preclusiones dictadas por el fiscal al amparo de la legislación derogada (Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002); por consiguiente, la idea era hacer explícita su aplicación y propender, de esta manera, por la terminación o la suspensión de algunos procesos, reservando la justicia penal para los asuntos que fuesen lo suficientemente graves como para poner en marcha el aparato judicial (Corporación Excelencia en la Justicia, 2013, p. 5).

En la actualidad, el Acto Legislativo 03 de 2002 que reformó la CN y la Ley 906 de 2004 que lo desarrolló, constituyen los ejes del modelo de procesamiento colombiano en vigor, pretendidamente acusatorio; lo anterior no significa que esta evolución hubiera cesado, pues la CN y la ley procesal penal han sufrido reformas posteriores: a nivel constitucional, ya

se mencionó el Acto Legislativo 03 de 2011 que permite el ejercicio de la acción penal a particulares y, en el plano legal, destacan las leyes 1142 de 2007 o 1453 de 2011, sin perjuicio de otras propuestas como la contenida en el Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011 Cámara.

La Corte Constitucional, por su parte, ha reiterado que la reforma legal estuvo orientada en los sentidos de (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, (ii) establecer un juicio público, oral, contradictorio y concentrado, (iii) crear la figura del juez de control de garantías, (iv) distinguir entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, (v) implementar la oralidad, (vi) practicar pruebas en el juicio oral, (vii) introducir el principio de oportunidad y, por último, (viii) implementar gradualmente el sistema acusatorio (sentencias C-873 de 2003; C-592 de 2005; C-591 de 2005 y C-1260 de 2005).

Así mismo, ha insistido en que el modelo colombiano no puede considerarse acusatorio puro (sentencias C-873 de 2003; C-592 de 2005; C-591 de 2005 y C-1260 de 2005), aunque esa sea su tendencia. Uno de los argumentos centrales para afirmar dicha tendencia, sin perjuicio de otros también relevantes, es el relativo a la modificación del papel de la Fiscalía en la actuación: en primer lugar, porque es titular de la acción penal y le corresponde adelantar la investigación de los posibles delitos, reconociéndosele la posibilidad de renunciar, suspender o interrumpir dicha obligación en el marco del principio de oportunidad, aunque sometida al control del juez de control de garantías.

En segundo lugar, porque pierde sus funciones judiciales, en concreto, las posibilidades de imponer medidas de aseguramiento, que pasan al juez de control de garantías, o de declarar la preclusión de la investigación, que se asigna al juez de conocimiento.

Por último, en tercer lugar, le corresponde asegurar los elementos materiales probatorios mediante la cadena de custodia, mientras que se pueda llevar a cabo la contradicción de las pruebas en el juicio, y cualquier actuación suya que implique la afectación de derechos fundamentales del procesado debe contar con la debida autorización de la autoridad judicial competente.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional señala algunos de los rasgos estructurales del proceso propiamente dicho, aclarando que si bien se mantiene la distinción entre las etapas de investigación y juzgamiento, esta última goza de especial relevancia en el sistema acusatorio. La Corte destaca la importancia del juicio señalando que se aplicarán los principios de inmediación y contradicción de la prueba, las pruebas deben valorarse en su integridad dando aplicación al principio de concentración y las decisiones definitivas respecto de la responsabilidad penal del acusado deben adoptarse públicamente (sentencias C-592 de 2005 y C-1260 de 2005).

La jurisprudencia también se refiere a los diferentes poderes que se ejercen a lo largo del proceso y a su titular. Sobre el particular advierte que (i) el de señalar la posible comisión de un delito corresponde al Estado, a los particulares y a otras autoridades mediante la denuncia, la querrela o la petición especial, (ii) el de investigación a la Fiscalía, (iii) el de prueba a la Fiscalía y al acusado, quienes gozan del derecho de contradicción en igualdad de condiciones, (iv) el de acusación a la Fiscalía, (v) el de coerción a la autoridad judicial y excepcionalmente a la Fiscalía y (vi) el de decisión al juez de conocimiento (sentencias C-873 de 2003; C-592 de 2005 y C-1260 de 2005).

La difuminación de algunas notas características del modelo acusatorio

Tras identificar las principales características de los modelos procesales y haber precisado las notas más sobresalientes del sistema procesal penal vigente en Colombia, el propósito de las líneas siguientes es el de examinar el régimen de libertad personal y la igualdad entre las partes para mostrar cómo, en el estado actual de las cosas, la tendencia acusatoria imprimida por el legislador al proceso penal patrio, se ha ido desdibujando en estos dos aspectos.

El régimen de libertad personal

En un proceso penal de tendencia acusatoria, que se basa en el respeto por el procesado, la presunción de inocencia tiene plena vigencia y la restricción de la libertad antes de la sentencia no es posible o solo lo es de forma excepcional. En Colombia, la libertad personal se considera al

mismo tiempo un derecho fundamental, una garantía o límite al poder del Estado y un principio (Prieto, 2006, p. 21): lo primero, vale decir, gracias a su inclusión en el catálogo de los derechos a los que el constituyente de 1991 les reconoce tal condición (arts. 28, 30 y 86).

Las notas de garantía o límite y de principio, por su parte, surgen de su consagración en la legislación procesal penal, entre los 'principios y garantías' contenidos en el Título Preliminar (art. 2 CPP). El hecho de que sea una garantía o un límite al poder estatal para investigar y castigar, supone que su titular debe ser la persona sometida al proceso penal (Roxin, 2000, p. 258) y no el Estado; el que sea un principio, por su parte, reafirma la libertad durante el proceso penal y la proporcionalidad a la hora de su restricción (Prieto, 2006, p. 21).

A lo dicho hay que añadir la consagración expresa de la presunción de inocencia que ampara a las personas sometidas a investigación o juzgamiento penales; también en este caso la referencia es doble: en primer lugar, hay una mención constitucional a propósito de los elementos integrantes del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CN) y, en segundo lugar, goza de consagración legal en calidad de principio y de garantía (art. 7 CPP) y está vinculado al *in dubio pro reo*.

Con este punto de partida, el legislador procesal penal destina el Título IV al régimen de libertad y su restricción; allí, hace referencia expresa a la excepcionalidad de las medidas que autorizan la privación de la libertad en forma preventiva, a su necesaria interpretación restrictiva y a que su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable (art. 295).

Desde el punto de vista teórico, la detención preventiva es una especie de medida procesal cautelar restrictiva de la libertad, típica del ordenamiento penal (art. 307 CPP), a la que es ajeno el carácter sancionatorio (Sentencia C-327 de 1997); en tal virtud, su imposición requiere la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) y el peligro genérico en la demora (*periculum in mora*). A tono con las normas constitucionales, sus finalidades son asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, conservar la prueba y proteger a la comunidad, en especial a las víctimas (art. 250 numeral 1 CN) y su imposición solo puede realizarla un juez con función de control de garan-

tías, a solicitud del fiscal, en una audiencia con total respeto por el derecho de defensa (arts. 250 numeral 1 CN y 306 CPP).

La regulación legal pertinente exige satisfacer unos requisitos subjetivos y objetivos para imponerla: acorde con los primeros, la medida debe ser necesaria para evitar que el imputado, cuya calidad de autor o partícipe del punible investigado ha de inferirse razonablemente, obstruya el ejercicio de la justicia o porque el mismo constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o porque resulte probable que no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia (arts. 308, 309, 310, 311 y 312 CPP). Los segundos, dicen relación con la necesidad de que el delito compete a los Jueces Penales de Circuito Especializados, pueda investigarse de oficio y el mínimo de su pena sea o exceda de cuatro años, esté contenido en el Título VIII del Libro II del C. P. y la cuantía supere 150 salarios mínimos o, por último, que la persona hubiera sido capturada por un delito o contravención con anterioridad (art. 313 CPP).

Finalmente, se ha dicho que la medida de detención preventiva, en tanto excepcional, solo procede si, además de reunir los requisitos anteriores, es necesaria (no hay otros medios menos lesivos para garantizar las finalidades antedichas), adecuada (apta o útil para cumplir con la finalidad del proceso) y proporcional (tras ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en que fue cometido).

Por lo visto, una vez revisada la normativa sobre la materia, no parece haber lugar a muchas dudas en cuanto al carácter excepcional de la privación de libertad anterior a la condena y a lo gravoso de los requisitos para su aplicación; en tal virtud, el proceso penal colombiano da la impresión de ajustarse al estándar del modelo acusatorio, donde la regla es la libertad y la detención preventiva es la excepción.

Sin embargo, tal rigor es apenas teórico-normativo y, en realidad, la medida comentada ha perdido su carácter excepcional; las razones para afirmarlo son variadas: en primer lugar, debido a la concepción carcelaria imperante en Colombia denunciada, desde antaño, por la doctrina (Vargas, 1998, p. 70-72) y por la Corte Constitucional (Sentencia T-153 de 1998), la cual llamó la atención sobre la importancia de que la detención preventiva

fuera una medida extrema, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio.

En efecto, el sistema penal ha sido objeto de un endurecimiento generalizado: el Código Penal vigente ha sido modificado en más de medio centenar de ocasiones y el promedio de proyectos de reforma ronda, por legislatura, los 21 a la ley sustantiva y los seis a la normativa procesal (Corporación Excelencia por la Justicia, 2012, p. 25). En los últimos años se han creado más de 40 nuevos tipos penales, aumentado los mínimos y los máximos de las penas, multiplicado las causales de agravación, restringido los beneficios procesales o penitenciarios y, en fin, ampliado los términos y los plazos de prescripción (Corporación Excelencia por la Justicia, 2012, p. 26).

El sistema penal se ha hecho más severo y ello ha incidido sobre la detención preventiva, pues su ámbito de aplicación se ha extendido y su carácter excepcional se ha relativizado. Así lo demuestran, en primer lugar, el aumento de las penas y de los mínimos correspondientes que es uno de sus presupuestos (art. 313 CPP), al igual que el incremento de los plazos durante los cuales una persona puede estar detenida preventivamente, como ocurrió con las leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, que desconocen la transitoriedad inherente al carácter cautelar de esta medida. Su prolongación en el tiempo solo tiene efectos negativos: asimilarla a una pena, lo cual desnaturaliza su esencia cautelar y la condición de sujeción que impone al imputado, solo sirve al propósito de vencer su voluntad y obtener su colaboración o su confesión (Ferrajoli, 2001, p. 558), lo cual la convierte en mecanismo inaceptable de averiguación de la verdad.

En segundo lugar, las reformas legales que expresamente amplían las hipótesis en las que procede o limitan la posibilidad de cumplirla domiciliariamente, conforme hizo la Ley 1142 de 2007 (art. 27). En este punto también cabe incluir los casos en que los requisitos para su imposición se hacen más laxos, por ejemplo, cuando la ley citada señaló que, tratándose del peligro para la comunidad y la posible no comparecencia, era suficiente considerar la gravedad de la conducta y la modalidad del delito, haciendo prevalecer la concepción del juez sobre la gravedad y situando en un

plano secundario los criterios de necesidad y proporcionalidad (Sentencia C-1198 de 2008). Otro tanto aconteció con la Ley 1453 de 2011 (art. 24) que, en punto del peligro para la comunidad, introdujo una serie de circunstancias especiales (la utilización de armas blancas o el empleo de medios motorizados) que ampliaron los criterios objetivos a tener en cuenta para imponerla.

No puede olvidarse, primero, que la modalidad y la gravedad del delito constituyen un marco general para el análisis de las demás condiciones y que ni la una ni la otra son suficientes, por sí solas, para decretar una medida de aseguramiento. Y, segundo, que las meras sospechas, el silencio del imputado o su reticencia a colaborar no pueden tomarse por motivos graves o fundados para imponer la medida, pues la Constitución Política consagra el derecho a la defensa, a la no autoincriminación y la presunción de inocencia (Uprimny, 2005, pp. 129-131).

En tercer lugar, el escaso uso que se hace de las medidas no privativas de la libertad –art. 307B CPP– (Uprimny, 2011), sumado a la desnaturalización de su función en tanto que se le atribuye un papel punitivo y se emplea para fines diversos a los originales, como el de solicitarla sin fundamento probatorio suficiente con el objetivo de forzar a los procesados para que acepten los cargos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 28). Aunque pudiera admitirse, siempre en gracia de discusión, que la detención preventiva contribuye a la reducción de los delitos, la misma no puede perder su carácter preventivo y, por ende, su uso como un mecanismo punitivo o un instrumento para constreñir, intimidar o presionar al reo a que confiese o colabore es ilegítimo (Ferrajoli, 2001, p. 775).

A lo anterior se añade la presión ejercida sobre los jueces, en especial, aquellos con función de control de garantías, por parte de las víctimas o los medios de comunicación que reclaman medidas tan drásticas como severas y que asocian la libertad del procesado a la impunidad (El Espectador, 2013), sobre todo en aquellos casos que, por diversas razones, adquieren resonancia o interés mediático. Tal situación, por cierto, afecta de modo directo la libertad personal de los presuntos responsables de tales hechos y conculca de modo grave la presunción de inocencia.

Por lo expuesto, afirmar que el carácter excepcional de la medida de detención preventiva es apenas una promesa legislativa que se quedó en el papel, no parece exagerado, mucho menos si se repara en que, según los datos oficiales a diciembre de 2014, el total de las personas detenidas preventivamente llegó al 33,5 % del total de los internos, es decir, a unas 38.063 personas (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, 2014).

La igualdad de armas

Los sistemas acusatorios son procesos de partes, a tono con lo cual quienes comparecen ante el juez imparcial, esto es, el acusador y el acusado, lo hacen en pie de igualdad. En tales escenarios, los acusados se consideran sujetos de derechos y se les reconoce una facultad amplia de defenderse. Acorde con el ordenamiento colombiano, la igualdad es, en sus manifestaciones formal y material, un derecho fundamental (art. 13 CN) y uno de los principios y garantías reconocidos a los ciudadanos en la sede penal (art. 4 CPP).

No está de más advertir que la igualdad examinada ahora es la propia de un proceso acusatorio y, por ende, se refiere a aquella según la cual los derechos, los deberes y las cargas del acusador y del acusado están equilibrados.

Ahora bien, está claro que el acusador (arts. 29 y 249 a 253 CN y 113 a 117 y 142 CPP) y el acusado (arts. 8 y 118 a 131 CPP) tienen roles diferentes, pero ambos gozan, en términos generales, de las facultades generales de realizar actos de investigación enderezados a conseguir elementos materiales probatorios y evidencia física, conocer las pruebas de la contraparte (descubrimiento probatorio), solicitarlas y participar en su práctica, presentar su teoría del caso y hacer alegaciones de conclusión, así como impugnar las decisiones contrarias a sus intereses. A la vista de esto, queda claro que, al menos en el plano normativo, existe igualdad entre las partes y que, si se mira bien, las garantías consustanciales al derecho de defensa son bastante robustas (arts. 8 literal e, y 118 CPP).

Sin embargo, el equilibrio anterior se desvirtúa cuando se repara en la cantidad de actividades que puede realizar el Fiscal sin una autorización ju-

dicial (arts. 213 a 218 CPP y art. 250.2 CN) o que, en el mejor de los casos, están sometidos a control posterior (arts. 219 a 245 CPP y art. 250.2 CN); así mismo, no hay dudas en cuanto a que, si bien la defensa puede buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 125 numeral 9 CPP), el acusado normalmente carece de los recursos económicos y técnicos para hacerlo y la posibilidad de contar con la colaboración de las entidades públicas a tales efectos no subsana esas dificultades.

En este orden de ideas, el carácter público de la Fiscalía y su adscripción a la rama judicial, aunado a la posibilidad que tiene de contar con un equipo técnico de investigación permanentemente a su disposición, al igual que con los recursos de entidades como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, evidencian que la pretendida igualdad entre la acusación y la defensa no supera el plano formal.

Adicionalmente, aunque se ha hecho un esfuerzo grande para que la Defensoría del Pueblo garantice la asistencia letrada a quienes la requieran, lo cierto es que la gran cantidad de asuntos que debe atender el sistema penal también tiene consecuencias en este frente, pues los recursos humanos y económicos con los que cuenta el sistema de defensoría pública son limitados (El Colombiano, 3 de mayo de 2014). De ahí que algunos autores resalten que quienes disponen de bajos recursos, no se encuentran en condición de ejercer correctamente sus derechos, pues no tienen la suficiente formación y, además, carecen de los medios y condiciones para ejercer sus derechos a tiempo y de manera equilibrada con la parte acusadora (Schünemann, pp. 115-116).

En el mismo sentido de desvirtuar la pretendida igualdad de armas, corresponde ocuparse de dos situaciones que contribuyen a inclinar la balanza aún más: la intervención del Ministerio Público y de las víctimas en el proceso penal.

En cuanto al Ministerio Público, es importante tener presente que su participación tiene fundamento constitucional (art. 277 numeral 7 CN) y se produce cuando sea necesaria para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales, en el marco de

las funciones descritas en la Constitución Política, conforme a la cual le corresponde “la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (art. 118 CN). Por ello, las altas cortes han afirmado que su consagración legal en materia penal se hizo con el fin de ajustar la ley procesal a lo previsto en la Carta (sentencias C-966 de 2003, C-591 de 2005 y T-503 de 2011 y de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 30171, del 09 de septiembre de 2008).

La intervención del Ministerio Público en el proceso penal es contingente (art. 109 CPP) y selectiva, conforme se desprende de la posibilidad de constituir agencias especiales en ciertos procesos significativos (arts. 109 y 110 CPP). Sus funciones se desarrollan a lo largo de la actuación (indagación, investigación y juzgamiento) y se agrupan según el contexto al que corresponden: unas son las relativas a su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales (art. 111 numeral 1 CPP) y otras las que le competen en calidad de representante de la sociedad (art. 111 numeral 2 CPP).

Su papel en materia procesal penal ha sido cuestionado por un importante sector de la doctrina nacional, desde su propio origen y por varias razones (Vargas, 1998, p. 100); aunque ahora interesa enfatizar en que, pese a que la Corte Constitucional ha insistido en que su participación debe evitar desequilibrios o excesos a favor o en contra de las partes (Sentencia C-260 de 2011), la realidad es que su intervención afecta la igualdad de armas propia del modelo acusatorio (Solórzano, 2012, p. 66), pues está facultado para solicitar pruebas (art. 357 CPP) y realizar preguntas complementarias durante su práctica (art. 397 CPP), presentar alegaciones de conclusión (art. 443 CPP), argumentar respecto de la imposición de una medida de aseguramiento (art. 306 CPP), interponer recursos o solicitar preclusiones (arts. 111 numeral 2 literal a; 294 y 332 CPP).

De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya afirmado que, en la práctica, pueden generarse problemas al carácter adversativo del proceso penal acusatorio cuando su intervención desborda los límites impuestos a su actividad. Por esto, destaca la importancia de fijar límites a su actuación para que no se genere un desequilibrio entre las partes del proceso (Sentencia

Rad. 31179 de 2009); tales límites aluden a que solo podrá intervenir si existe una “manifiesta violación de derechos y garantías fundamentales” (Sentencia Rad. 30782 de 2009). En el mismo sentido, la Corte Constitucional reconoce que la presencia del Ministerio Público es algo extraño a un sistema puramente acusatorio y que, en tal medida, su intervención es una particularidad del modelo colombiano; de ahí que advierta que sus competencias, justamente por tratarse de un interviniente especial y discreto, se lleven a cabo con total respeto de las garantías constitucionales, procesales y de conformidad con lo dispuesto en la ley (Sentencia T-293 de 2013).

Se trata, pues, de un interviniente *sui generis* que, en tal condición, está facultado para abogar por los derechos de todos, pero sin que eso suponga reemplazar o sustituir a las partes (Sentencia Rad. 30171 de 2008), lo cual, dicho sea de paso, no acaba de quedar claro cómo puede hacerse sin favorecer a una u otra parte, es decir, sin romper el equilibrio que debe asistir a las partes en un modelo acusatorio. Mucho menos, cuando se advierte que sus funciones constitucionales se superponen con las de los jueces, tanto los que tienen funciones de control de garantías como los de conocimiento, quienes deben proceder salvaguardando los mismos intereses.

De otro lado, y en cuanto a las víctimas, es necesario precisar que se trata de sujetos cuyo rol procesal se ha venido fortaleciendo de forma significativa. Acorde con la legislación vigente, tienen tal calidad:

Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste (art. 132 CPP y, en sentido similar, el art. 5 de la Ley 975 de 2005).

En tal virtud, lo son quienes se hayan visto perjudicados material y moralmente con el delito; esto supone que el concepto de víctima agrupe los de perjudicado y de sujeto pasivo, aunque bien pueden establecerse diferencias entre ellos (Sentencia C-228 de 2002).

Su participación en el proceso penal goza de un fundamento constitucional y, según la norma respectiva, tienen la calidad de intervinientes (art. 250 numeral 7 CN); la Carta también señala que la protección de sus intereses o de su integridad compete a la Fiscalía (art. 250 numerales 6 y 7) y que los términos de su participación procesal debe fijarlos la ley. En esta medida, el CPP precisa sus derechos (art. 11 CPP) y lo atinente a su intervención (art. 137 CPP), desarrollando sus derechos a la verdad (la posibilidad de conocer lo sucedido), la justicia (que no exista impunidad) y la reparación (a través de una compensación económica y garantías de no repetición).

Con este punto de partida, la Corte Constitucional entiende que las víctimas tienen derecho a ser oídas, a impugnar decisiones adversas y, en especial, las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias, a controlar las omisiones o inacciones del fiscal y a ejercer algunas facultades probatorias (Sentencia C-209 de 2007). En opinión del alto tribunal, estos derechos no le quitan el carácter de interviniente, sino que las erige en una figura especial, cuya participación no debe limitarse al incidente de reparación integral que, como su nombre lo indica, está pensado en clave de 'reparación' (Sentencia C-209 de 2007) y sus derechos no se circunscriben a la reparación (Sentencias C-228 de 2002 y C-454 de 2006).

Por eso, si bien la Corte Constitucional entiende que el fiscal representa los intereses del Estado y de las víctimas, ello no significa que estas últimas no puedan actuar dentro de la actuación penal. Sin embargo, dicha participación está condicionada, limitada, si se prefiere, por el papel que le corresponde al fiscal, el rol constitucional de la víctima, el ámbito en el cual se prevé su intervención, las características de las etapas procesales y el impacto que su actuación revista para ella y para la estructura o las formas del sistema acusatorio; buena parte de tales limitaciones están justificadas por la necesidad de conservar el equilibrio entre la acusación y la defensa y están orientadas a evitar que la víctima se convierta en un segundo acusador (Sentencia C-782 de 2012).

A tono con lo expuesto, algunos jueces vienen realizando una interpretación amplia de las prerrogativas de las víctimas, lo cual se materializa en la progresiva equiparación de sus facultades a las de los demás sujetos

procesales y, en concreto, a las de la Fiscalía. Con motivo de ello, se les reconocen los derechos a ser informadas de ciertas decisiones (el archivo) y a impugnar (la aplicación del principio de oportunidad) u oponerse (a la solicitud de preclusión) a otras tantas; a solicitar la imposición de una medida de aseguramiento y estar presente en la audiencia de formulación de imputación; a realizar solicitudes probatorias, aportar elementos materiales probatorios o evidencia física y solicitar su descubrimiento, inadmisión, rechazo o exclusión, al igual que efectuar observaciones sobre el material probatorio que se hará valer en la audiencia de juicio oral o, en fin, a intervenir en la audiencia de formulación de acusación realizando observaciones sobre el escrito de acusación o a manifestarse sobre causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y/o nulidades (sentencias C-1154 de 2005, C-454 de 2006 y C-209 de 2007).

Esta tendencia expansiva de los derechos de las víctimas, orientada a fortalecer su situación procesal, contraviene la idea de igualdad de armas entre la acusación y la defensa. No hay dudas en cuanto a que la participación de las víctimas es importante, pero habrá que ponderar cuidadosamente el margen de acción que se les confiere: si las facultades de las víctimas terminan equiparándose a las de la Fiscalía, como parece ser la tendencia, el acusado se encontraría en una clara desventaja, pues tendría que enfrentar en el juicio a su acusador natural, que es la Fiscalía y a la víctima normalmente acompañada de su representante (Solórzano, 2012, p. 66).

Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional cuando resolvió declarar la exequibilidad del art. 306 CPP que limita la posibilidad de realizar preguntas complementarias tras los interrogatorios al Juez y al Ministerio Público; en este caso, la Corporación entendió que conceder dicha facultad a las víctimas podría menoscabar la igualdad de armas, en tanto generaría un claro desequilibrio (Sentencia C-260 de 2011).

Conclusiones

El sistema acusatorio ideal se caracteriza por la separación de las facultades procesales de acusar y juzgar, evitando que quien investigue y acuse sea el mismo que juzgue; esto garantiza la imparcialidad del tercero encar-

gado de tomar la decisión final sobre la cuestión debatida por las partes, esto es, el acusador y el acusado, quienes se enfrentan en condiciones de igualdad. La etapa de juzgamiento tiene gran preponderancia y el juicio debe, además de ser oral, concentrado, contradictorio y público, facilitar la intermediación para que, una vez practicadas las pruebas, se desvirtúe o confirme la presunción de inocencia que ampara al acusado. Este último, por lo general, conserva su libertad a lo largo del proceso.

Si bien en Colombia imperaron por varios años los sistemas mixtos con tendencia inquisitiva, lo cierto es que en los últimos tiempos la legislación procesal penal ha sufrido diversas modificaciones que la han acercado a un modelo acusatorio. El punto máximo de esa transformación tuvo lugar con las reformas introducidas por el Acto Legislativo 3 de 2002 y la Ley 906 de 2004, mediante las cuales fueron suprimidas las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía y se enfatizó en su condición de parte, aunque pública, al tiempo que se reforzó la imparcialidad del juez e introdujo un juicio caracterizado por ser oral, concentrado, contradictorio y público.

Pese a esto, el proceso penal actual no reproduce el modelo acusatorio ideal sino que es, más bien, un modelo mixto de tendencia acusatoria, aunque tal orientación, a la vista de lo acontecido con la libertad personal o la igualdad de armas, no parece tan marcada o intensa como a veces se quiere hacer creer.

La privación de libertad previa a la condena ha perdido su carácter transitorio y excepcional, lo cual se explica debido a la severidad de las reformas penales de los últimos años y, en especial, al aumento generalizado de las penas y de los mínimos que constituyen el presupuesto para su procedencia (art. 313 CPP), así como de los plazos durante los cuales se puede permanecer detenido preventivamente, de los supuestos en que esto último es procedente o que limitan las posibilidades de hacerlo domiciliariamente (leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011).

A lo anterior se suman el uso de la detención preventiva con una finalidad más punitiva que cautelar y la escasa imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (art. 307B CPP), a lo cual contribuye la presión que ejercen las víctimas y los medios de comunicación

sobre los jueces, debido a la falsa idea de que la libertad durante el proceso es sinónimo de impunidad.

Por todo lo expuesto, el carácter excepcional de la medida de detención preventiva característico de un modelo acusatorio es letra muerta y así lo corroboran, como tuvo ocasión de verse, las cifras sobre el particular.

En lo atinente a la pretendida igualdad de armas, se pudo constatar que existe una desproporción entre las prerrogativas del acusador y las del acusado, así como un desequilibrio –potencial y real– a causa de la intervención del Ministerio Público y de las víctimas en el proceso penal.

La cantidad de actividades que puede realizar el Fiscal sin que medie una autorización judicial (arts. 213 a 218 CPP y art. 250 numeral 2 CN) o que apenas precisan un control posterior (arts. 219 a 245 CPP y art. 250 numeral 2 CN), al igual que la posibilidad de disponer permanentemente de los recursos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o de su propio Cuerpo Técnico de Investigación, muestran con claridad que la igualdad entre el acusador y el acusado no supera el plano formal. Si a esto se añaden las dificultades presupuestales y humanas de la Defensoría del Pueblo para suministrar asistencia letrada a quienes la requieran, la conclusión se revela aún más contundente.

En este mismo orden de cosas, es innegable que la intervención del Ministerio Público y de las víctimas en el proceso penal también lesiona la igualdad de armas: tratándose del primero, porque en desarrollo de sus amplias facultades probatorias o impugnatorias puede terminar reemplazando a alguna de las partes en el proceso (sentencias con radicados núms. 31179 de 2009 y 30782 de 2009).

Por cuanto mira con las víctimas, la expansión que han sufrido sus potestades procesales, equiparadas paulatinamente a las de las partes y, en especial, a las del acusador, para satisfacer sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, constituye una amenaza para la igualdad de armas propia del modelo acusatorio y así lo ha reconocido expresamente la propia Corte Constitucional (Sentencia C-260 de 2011) que ha sido, por cierto, la gran propulsora de esta interpretación amplia de sus derechos y facultades en materia penal.

Ahora, pasados diez años desde la expedición de la Ley 906 de 2004 y cuando desde plurales instancias se advierte sobre la necesidad de reformar por enésima vez la legislación procesal penal, conviene tener presente que la justicia en este ámbito sigue siendo, en términos generales, bastante ineficiente: las decisiones siguen tardando años a pesar de ser orales, los niveles de impunidad aún son muy altos y las personas detenidas preventivamente colman las prisiones. Las mencionadas eran, recuérdese, algunas de las principales razones que, en su momento, se utilizaron para justificar la introducción e implementación del modelo acusatorio (Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002).

Bibliografía

- Aristizábal, C. (2005). *Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana*. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2045.pdf>
- Bachmaier, L. (2009). Sistemas Procesales: La hora de superar la dicotomía acusatorio e inquisitivo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 24, 172-198. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968008>
- Calamandrei, P. (1968). *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Constitución Política. (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano* (Informe final). Comisión Asesora de Política Criminal. Recuperado de: http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Informe_Comisiion_Asesora_Drogas_2012.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. España: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- Corporación Excelencia por la Justicia. (2012). *Balance del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio* (Boletín de actualización 2010 – 2011). Bogotá. Recuperado de: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.pdf>
- Corporación Excelencia por la Justicia. (2013). *Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana*. Bogotá. Recuperado de: http://www.cej.org.co/files/Libro_Reforma.pdf

- Devis, E. H. (1979). *Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso*. (7ª ed.). Bogotá: Editorial ABC.
- El Colombiano. (3 de mayo de 2014). Oralidad ajusta balanza en Medellín. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/O/oralidad_ajusta_balanza_en_medellin/oralidad_ajusta_balanza_en_medellin.asp
- El Espectador. (31 de julio de 2013). Juez que dejó en libertad a Fabio Salamanca recibió amenazas. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/juez-dejo-libertad-fabio-salamanca-recibio-amenazas-articulo-437104>
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón* (5ª ed.). Madrid: Trotta.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Introducción y parte general* (3ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 01 de 2003. (Marzo de 2004). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Gaceta del Congreso núm. 104, Congreso de la República.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. (2014). *Estadísticas internos sindicados diciembre 2014 – estadísticas internos condenados diciembre 2014*. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENTIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFORME%20DICIEMBRE%202014.pdf
- Langer, M. (s.f.). *La dicotomía acusatorio – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado de: <http://incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/acusatorioinquisitivo.pdf>
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial núm. 45.658. Congreso de la República de Colombia.

Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Diario Oficial núm. 45.980 de 25 de julio de 2005. Congreso de la República de Colombia.

Ley 1142 de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial núm. 46.673. Congreso de la República de Colombia.

Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial núm. 48.110. Congreso de la República de Colombia.

Llobet, J. (2005). *Derecho Procesal Penal I. Aspectos Generales*. San José: Jurídica Continental.

López, J. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I*. (5ª ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters.

Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maier, J. (2002). *Derecho Procesal Penal I. Parte General. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maier, J. (2003). *Derecho Procesal Penal II. Parte General. Sujetos Procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Manzini, V. (1949). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Buenos Aires: Cultura Jurídica.

Mommsen, T. (1991). *Derecho Penal Romano*. Bogotá: Temis S.A.

- Montero, J., Ortells, R. M., & Gómez, C. J. (1991). *Derecho Jurisdiccional. Tomo I. Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Ordoñez, M., & Cano, D. (2003). *La resistencia del sistema penal inquisitivo. Perspectiva histórica – jurídica*. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS36.pdf>
- Petrone, M. (1994). El principio Acusatorio. En J. Sarukhán (Ed.), *Justicia y sociedad: Seminario internacional* (pp. 503-524). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/27.pdf>
- Prieto, A. (2006). *Régimen de libertad en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Proyecto de Acto Legislativo 151 de 2001. Por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. Gaceta del Congreso núm. 82, Congreso de la República, marzo de 2001.
- Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política. Gaceta del Congreso núm. 134, Congreso de la República, abril de 2002.
- Proyecto de Acto Legislativo 216 de 2011. Por el cual se reforma el artículo 250 de la Constitución Política. Gaceta del Congreso núm. 206, Congreso de la República, abril de 2011.
- Real Academia Española [RAE]. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=inquirir>
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Pueblo.
- Sentencia C-327 de 1997. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-228 de 2002. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Corte Constitucional.

- Sentencia C-873 de 2003. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-966 de 2003. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-592 de 2005. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1154 de 2005. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1260 2005. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-454 de 2006. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C-209 de 2007. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-738 de 2008. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional.
- Sentencia C-1198 de 2008. Acción Pública de Inconstitucionalidad. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.
- Sentencia C-260 de 2011. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Corte Constitucional.
- Sentencia C-782 de 2012. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia T-153 de 1998. Acción de Tutela. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-503 de 2011. Acción de Tutela. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

- Sentencia T-293 de 2013. Acción de Tutela. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Sentencia Rad. 30171 (2008, septiembre 09). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal
- Sentencia Rad. 30782 (2009, mayo 20). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 31179 (2009, marzo 11). M.P. Javier Zapata Ortiz. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Schünemann, B. (2007). Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos. *Revista Iusta*, 27, 111-126. Recuperado de: http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_27/contenido.pdf
- Solórzano, C. (2012). *Sistema Acusatorio y técnicas de juicio oral* (4ª ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Uprimny, R., Barbosa, G., Aponte, A., Guerrero, O., Bazzini, D., & Urbano, J. (2005). *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Uprimny, R. (2011). Los excesos en la detención preventiva. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/los-excesos-detencion-preventiva-columna-288722>
- Vanegas, A., & Merizalde, F. (2002). *Estado de las garantías en el proceso penal colombiano: Necesidad de una reforma al sistema de enjuiciamiento criminal*. (Trabajo de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de: <http://javeriana.edu.co/bib/los/tesis/derecho/dere4/Tesis-23.pdf>
- Vargas, Á. (1998). *La Fiscalía General de la Nación desde el "Sueño de la Mariposa"*. Ibagué: Forum Pacis.
- Vargas, R. (2012). El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional.

Cuadernos de Derecho Penal, 7, 59-88. Recuperado de: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/DOCTRINA/penal_colomb/accion_penal_colombia.pdf

Vélez, A. (1982). *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner.

Véscovi, E. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis.

El hacinamiento carcelario en Colombia: una revisión crítica a la respuesta estatal*

Mónica Andrea Rodríguez Vargas**

Resumen

El artículo examina el problema del hacinamiento carcelario en las prisiones colombianas desde sus consecuencias, aproximándose a las razones por las cuales se declaró el estado de cosas inconstitucional en las mismas y, al hilo de ello, indaga por sus causas. Tras identificar estas últimas, queda claro que la construcción de nuevos centros de reclusión es una respuesta necesaria, pero ineficaz: la solución debe incluir la racionalización de la actividad legislativa en materia penal, la aplicación de las penas sustitutivas y de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la reivindicación del carácter excepcional de la detención preventiva, la descongestión de los despachos judiciales y la reducción de su morosidad.

Palabras clave

Hacinamiento carcelario, estado de cosas inconstitucional, crisis carcelaria, prisiones.

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “Derecho penal, parte especial y legislaciones complementarias”, liderado por el Prof. Fernando Velásquez Velásquez, en la Universidad Sergio Arboleda.

** Miembro del semillero de investigación “Problemas Actuales del Derecho Penal”, adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’.

Introducción

No es fácil desligar al derecho penal de la pena privativa de la libertad, dado que esta asociación surge de modo más bien natural y, de hecho, la idea sobre el poder motivador de las normas penales se apoya en la severidad de este tipo de sanciones. Pero el uso excesivo de este recurso genera efectos colaterales, entre los cuales se destacan los provocados al sistema penitenciario que debe responsabilizarse por la reclusión de quienes están privados de su libertad en forma preventiva o debido a una condena.

Desafortunadamente, la sobrepoblación de las cárceles colombianas ha llegado a niveles máximos, generando una situación de hacinamiento que, de un lado, impide que la pena privativa de la libertad y los establecimientos penitenciarios cumplan con la función resocializadora y, del otro, da lugar a un estado de cosas inconstitucional debido a la violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los reclusos.

El del hacinamiento carcelario es un problema difícil de abordar, pues siempre está presente la idea de que las personas privadas de su libertad son delincuentes de la peor calaña, que no pueden estar en un mejor lugar que en las prisiones; sin embargo, esta respuesta es, además de superficial, insatisfactoria. Primero, porque no todas las personas que se encuentran privadas de su libertad han sido declaradas responsables por la comisión de un delito y, de hecho, el número de personas detenidas preventivamente en las mismas cárceles que los condenados y sometidas a idénticas condiciones es significativo.

Segundo, porque a las prisiones les corresponde una función social de especial relevancia: servir de escenario para que las personas privadas de su libertad puedan resocializarse (Sentencia T-286 de 2011) y reincorporarse a la vida civil cuando cumplan su condena. Más allá de si se está de acuerdo con esto o no, lo cierto es que mientras dicha finalidad sea un propósito declarado de la sociedad, las autoridades deben velar por su cumplimiento y está claro que uno de los factores que dificulta su realización es el hacinamiento carcelario, en tanto limita las oportunidades de estudio y de trabajo, al tiempo que promueve la corrupción.

Advertidos de las dificultades del tema y de su importancia para la vigencia del Estado de derecho, así como de la necesidad de reivindicar la dignidad de los presos y el respeto por sus derechos fundamentales, el presente trabajo está animado por el propósito de efectuar una valoración crítica de las medidas adoptadas por las autoridades públicas que permita afirmar o negar su pertinencia e indicar el nivel de compromiso institucional en la resolución de este problema. En tal virtud, se ocupa, en primer lugar, del hacinamiento carcelario y del estado de cosas inconstitucional que ello ha producido en las prisiones, por causa de la violación masiva y generalizada de varios derechos fundamentales de los internos, individualizando las distintas situaciones que los vulneran.

En segundo lugar, se examinan las respuestas estatales a la cuestión, diferenciando las medidas de naturaleza judicial (básicamente en sede de tutela), ejecutiva (enfocada, sobre todo, en la infraestructura penitenciaria) y legislativa (con la modificación del Código Penitenciario y Carcelario).

En tercer lugar, se indaga por el origen del hacinamiento carcelario en orden a precisar algunas de las causas que lo provocan, de tal forma que pueda lograrse un entendimiento integral del fenómeno indicado. Entre las causas examinadas están la creación de nuevos delitos y el aumento de las penas para los existentes, la inaplicación de penas sustitutivas y de la restricción de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la pérdida del carácter excepcional de la medida de aseguramiento de detención preventiva y la congestión judicial.

Finalmente, en secciones separadas, se deja constancia de las conclusiones y se hace una relación de las fuentes consultadas para realizar esta investigación.

El hacinamiento carcelario y el consecuente estado de cosas inconstitucional

La palabra “hacinar”, se entiende como la “acción de amontonar o amontonarse” (Diccionario de la Lengua Española), lo cual sugiere, en el ámbito carcelario, una “cantidad de personas privadas de la libertad en un espacio o centro de reclusión determinado, en número superior a la capaci-

dad del mismo” (Glosario Penitenciario y Carcelario, 2013). En Colombia, la situación es clamorosa: al culminar el mes de abril de 2015, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– registró que los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) estaban en capacidad de recibir 77.874 internos(as), al tiempo que la población reclusa era, para mayo de 2015, de 119.378 personas; así, el hacinamiento carcelario rondaba el 53.3 % y la sobrepoblación se aproximaba a los 41.504 internos(as). En lo transcurrido de 2015, la variación corresponde a un incremento promedio de 1,2 %, es decir, 1.439 personas (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, abril de 2015).

La situación más dramática se presenta en las regionales Noroeste (90,1 %), Norte (90,5 %), Oriente (75,3 %) y Occidente (71,8 %) y, aunque las regiones del Viejo Caldas (33,8 %) y Central (23,8 %), están por debajo del promedio nacional, también tienen un porcentaje alto (INPEC, abril de 2015). Lo ocurrido en algunos ERON es más preocupante: Riohacha presenta un hacinamiento del 476.0 %, Santa Marta del 379.2 %, Valledupar del 316.8 % y Cali de 259.2.5 % (INPEC, 2015).

Tales niveles de sobrepoblación han contribuido a la formación de un estado de cosas inconstitucional en las prisiones. A continuación, se explica en qué consiste este último y se identifican las violaciones a los derechos fundamentales que explican su declaración en el ámbito penitenciario.

El estado de cosas inconstitucional en las prisiones

Colombia está constituida como un Estado social de derecho afincado en el respeto de la dignidad humana (art. 1º CN), pese a lo cual son variados los escenarios en los que dicho punto de partida se ve negado, como consecuencia de la vulneración constante de los derechos fundamentales de las personas. En ciertos ámbitos, ello alcanza tales dimensiones que la Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional, es decir, reconocer la existencia de unos hechos (el estado de cosas) que violan de forma masiva y generalizada los derechos fundamentales de varias personas (por ello inconstitucional).

Se trata de “una situación compleja que comprende un conjunto de circunstancias que la constituyen y la agravan” (Sentencia T-025 de 2004)

y, para su declaración, la Corte exige, de modo general, la reunión de las siguientes condiciones:

1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas. 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos. 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. 6) El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Sentencia T-025 de 2004).

Esto es, precisamente, lo que viene ocurriendo en las prisiones colombianas, así como en las estaciones de policía (El Tiempo, 23 de septiembre de 2013) y en las Unidades de Reacción Inmediata de la Fiscalía (Noticias RCN, 29 de mayo de 2014).

Dicha situación ha propiciado que diversos sectores de la sociedad denuncien una serie de irregularidades y violaciones a los derechos fundamentales (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, 2001), lo cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional en varias sentencias, en las que advierte sobre la violación masiva y generalizada de plurales derechos fundamentales de los internos. Con base en tales presupuestos, la Corporación ha declarado el estado de cosas inconstitucional.

Los derechos fundamentales afectados y las causas de su vulneración

Se habla, en primer lugar, de la dignidad humana (artículos 1 y 12 de la Constitución Política), fuertemente ligada al ámbito penitenciario, en tanto limita el derecho del Estado a reglamentar el funcionamiento de los establecimientos carcelarios y comporta la prohibición de recurrir a penas

cruelles, inhumanas o degradantes (Sentencia T-881 de 2002). Las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de riesgo que obliga al Estado a cumplir con ciertos deberes y obligaciones derivados de la Constitución, la ley y la jurisprudencia, pues la restricción de la libertad implica que a los afectados se les garanticen unas condiciones de reclusión dignas: los internos no pierden el derecho fundamental en comento, por ende, no deberían estar sometidos a tratos indignos ni sufrir hacinamiento (Sentencia T-1096 de 2004).

La dignidad opera como un calificativo de la forma de vida y de ella se desprenden ciertas condiciones materiales de existencia (Sentencia T-596 de 1992), por lo cual resulta vulnerada cuando los reclusos tienen que dormir en lugares incómodos, están expuestos a malos olores (Sentencias T-596 de 1992 y T-296 de 1998) o no reciben agua potable (Sentencia T-418 de 2010).

Desde luego, la infracción de otros derechos fundamentales afecta las condiciones materiales de existencia referidas y, en consecuencia, su vulneración impacta de modo negativo sobre la dignidad, por ejemplo, las malas condiciones de la infraestructura carcelaria (Sentencia T-153 de 1998), la deficiente atención médica, la restricción de las plazas de trabajo y estudio o, en fin, el desconocimiento de la identidad cultural. Por ello, las violaciones a los derechos apuntadas en lo sucesivo también afectan, de modo más o menos inmediato, la dignidad de los detenidos y de los condenados.

Conviene tener presente que, acorde con la jurisprudencia constitucional, los derechos de los internos son susceptibles de clasificarse en tres grandes grupos: (i) los que son intocables, en tanto derivan directamente de la dignidad del ser humano –la vida, la integridad personal, la igualdad, la libertad religiosa, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la salud y el debido proceso–; (ii) aquellos que pueden suspenderse como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta –la libre locomoción y los políticos– y, finalmente, (iii) los que están restringidos o limitados, debido a la especial sujeción del interno al Estado y que contribuyen a resocializar al condenado y a garantizar la disciplina, la seguridad y la salubridad en las cárceles –la intimidad personal y familiar, la reunión, la asociación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión o el trabajo y

la educación— (Sentencias T-424 de 1992; T-023 de 2003; T-274 de 2008; T-511 de 2009 y T-861 de 2013). Naturalmente, su restricción solo es válida en clave constitucional si se ajusta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, debe mencionarse lo atinente a la vida y a la integridad de las personas (Preámbulo y artículos 2 y 11 de la Constitución); en relación con la primera, la Corte reconoce la supremacía del derecho fundamental a la vida, así como su carácter inviolable, en tanto constituye la base para el ejercicio de los demás derechos y su presupuesto indispensable. Por cuanto mira con la integridad, ésta se subdivide en sus aspectos físico y moral, en la medida en que supone el respeto a la totalidad corpórea y espiritual del individuo (Sentencia T-728 de 2010). El hacinamiento carcelario pone en riesgo la vida y la integridad de los reclusos debido al insuficiente personal de seguridad y sanitario para atender las situaciones que las amenazan, como las riñas (Herrera, 29 de enero de 2014) o a los heridos que quedan luego de éstas (Noticias RCN, 9 de mayo de 2014; Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2013).

En tercer lugar, el derecho a la familia (artículo 42 de la Constitución) implica para el recluso las posibilidades de mantener contacto con su núcleo familiar y con su pareja, ya que ambos cumplen un papel determinante en la resocialización del preso; de ahí que los estados deban garantizar unas condiciones mínimas para el desarrollo de las visitas familiar y conyugal.

Las visitas familiares constituyen un derecho del que son titulares los padres y los hijos conjuntamente y tienen por objeto:

Cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares... [del que] depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil (Sentencia T-523 de 1992).

Por ello, las esperas prolongadas soportadas por los familiares de los internos a la intemperie atentan contra el derecho en comento (Sentencia T-153 de 1998) y también lo lesionan las requisas violatorias de la intimidad y las realizadas por personas sin una preparación adecuada (Borráz, 7 de mayo de 2011).

Igual ocurre con las visitas conyugales, pues la “vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la[s] que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad” (Sentencia T-424 de 1992). La Corte entiende que se limita de modo contrario a lo previsto en la Carta la vida familiar del recluso, así como sus derechos a la intimidad y a la sexualidad, cuando los sitios dispuestos para la visita íntima son insuficientes o su estado es antihigiénico e insalubre (Sentencia T-815 de 2013).

En cuarto lugar, se denuncia la violación del derecho a la salud (artículo 49 de la Constitución) debido a la carencia de suministros, medicamentos y personal cualificado para atender a los internos, a la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y a la escasez de guardias para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios (Sentencia C-153 de 1998). Todo esto se ve potenciado por la situación de hacinamiento que, además, dificulta el control de las epidemias o los brotes infecciosos en los penales (Borráez, 7 de mayo de 2011; El Espectador, 27 de agosto de 2012).

Adicionalmente, se ha hecho constar que en la mayoría de los centros carcelarios y penitenciarios son inexistentes los programas de salud preventiva, de prevención y tratamiento de adicciones, de primeros auxilios, de seguridad industrial, de salud ocupacional y de saneamiento ambiental y que, en la generalidad de las penitenciarías femeninas, no existen servicios de ginecología ni de pediatría (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, 2001). La ausencia de agua potable (Sentencia T-418 de 2010), así como la inobservancia de las condiciones de higiene en el manejo de los alimentos suministrados a los internos, incrementa el riesgo para la salud de las personas recluidas.

En quinto lugar, se infringen los derechos al trabajo y a la educación (artículos 25 y 67 de la Constitución). Ambos están ligados estrechamente a la función resocializadora de la pena y a la libertad (art. 530 del Código de Procedimiento Penal), pues quien trabaja o estudia reduce su tiempo en la prisión (Sentencia T-718 de 1999); pero las posibilidades de trabajar y estudiar se dificultan debido a la sobrepoblación carcelaria, ya que las plazas son escasas y su demanda es excesiva, lo cual impide que todos los internos accedan a esas oportunidades. En consecuencia, solo un número reducido

de los reclusos puede trabajar o estudiar y esto fomenta la corrupción (Sentencia C-153 de 1998).

En sexto lugar, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia (artículo 29 de la Carta), aunque dicha violación interesa ahora en lo relativo a las personas privadas de su libertad de forma preventiva. En estos casos, el hacinamiento fuerza a mezclar los internos detenidos preventivamente con los condenados (Sentencia T-153 de 1998) y esta situación tiende a empeorar debido al abuso que se hace de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, que han perdido su carácter excepcional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Finalmente, en séptimo lugar, es evidente la amenaza para la identidad cultural de los reclusos que pertenecen a ciertos grupos étnicos, especialmente los indígenas, quienes tienen derecho a conservar su cultura, aunque estén privados de la libertad. Esta premisa debe ser atendida en todo caso, pero sobre todo cuando no se aplica el fuero penal indígena; en tales eventos no puede atentarse contra sus costumbres ni su conciencia colectiva (Sentencia T-153 de 1998).

¿Cómo responde el Estado a esta situación?

Ahora corresponde examinar las respuestas estatales al problema apuntado y, en concreto, a las originadas desde los poderes judicial, ejecutivo y legislativo. Proceder así, no implica desconocer el papel de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, las veedurías ciudadanas o la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; responde, más bien, al propósito expreso de limitar el estudio a los ámbitos antedichos.

Las medidas judiciales

Buena parte de la actividad estatal en esta materia se origina en la declaración de un estado de cosas inconstitucional hecho por la Corte Constitucional, acorde con el cual los poderes públicos deben colaborar a su resolución (principio de colaboración armónica).

Un ejemplo de ello es la Sentencia T-153 de 1998 que ordenó al INPEC, al Ministerio de Justicia y al Departamento de Planeación Na-

cional (DNP), elaborar un plan de construcción y refacción carcelaria, así como ejecutarlo, apropiarse los recursos para financiarlo e incorporarlos al Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones de la nación. También dispuso reclutar a los miembros de la Fuerza Pública en prisiones especiales, separar a los sindicatos de los condenados, solucionar el déficit de personal especializado y de la guardia penitenciaria, adoptar medidas para que las autoridades locales cumplan con la obligación de crear y mantener centros de reclusión propios, investigar la razón de la inasistencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a las cárceles y, finalmente, garantizar el orden público y el respeto a los derechos fundamentales de los internos mientras se efectúan las acciones indicadas.

A esta decisión la sucedieron numerosos pronunciamientos que, en lo fundamental, siguen la misma línea; es el caso de las sentencias T-590 de 1998, T-606 de 1998, T-847 de 2000 y T-388 de 2013. La intervención judicial comentada ha tenido su momento más intenso con ocasión de las sentencias de tutela proferidas por el Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá (30 de enero de 2013, radicado: 1100131040562013-00016), el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá (07 de febrero de 2013, radicado: 2012-4075) y el Tribunal Superior de Medellín, Sala Sexta Laboral (04 de marzo de 2013, radicado: 050012205000- 201300130), que prohibieron, en razón de la situación expuesta anteriormente, el ingreso de nuevos reclusos a las cárceles La Modelo, en Bogotá, y Bellavista, en Medellín.

Las medidas gubernativas

El grueso de las respuestas administrativas, entendiendo por tales las generadas directamente desde el gobierno nacional o sus órganos adscritos, están orientadas a la mejora o la ampliación de la infraestructura carcelaria. La fórmula no es nueva y, en realidad, ha sido la respuesta más tradicional; esto se explica fácilmente, pues la sobrepoblación y el hacinamiento son, ante todo, un problema de espacio: cuando este se agota, lo más natural es pensar en aumentarlo.

Por lo anterior, el interés del gobierno en construir nuevas prisiones y mejorar las existentes es, en realidad, anterior a la Sentencia T-158 de 1998, que declaró el estado de cosas inconstitucional; así, por ejemplo, el documento CONPES 2797 de 1995 ya proponía construir nuevos centros

de reclusión, ajustar los ya existentes y redistribuir a los presos (CONPES 2797 de 1995).

La necesidad de implementar medidas del tipo de las comentadas es evidente y, por ello, no extraña que la Corte Constitucional hubiera insistido en la obligación de elaborar y desarrollar un plan de ‘construcción y refacción carcelaria’ (Sentencia T-153 de 1998) ni que, a tono con esto, el ejecutivo propusiera el ‘Plan de ampliación y refacción carcelaria’ (PARC) en 2004, con el que pretendía ampliar la oferta del sistema penitenciario en 24.331 cupos y reducir el hacinamiento al 2.7 % cuando finalizara el año 2010 y una vez se entregaran los nuevos ERON.

Es importante remarcar que, si bien el tema relativo a la infraestructura mantiene un papel central en la política pública, no es menos cierto que la cuestión se ha enfocado de modo integral en los últimos años. Por ello, sin perjuicio de alguna excepción que se enfoca en la infraestructura (CONPES 3277 de 2004), los CONPES de la última época, como el 3575 del 2009, incluyen referencias a la política criminal, en cuyo diseño el ejecutivo tiene un papel fundamental, pero no exclusivo (Benavides, 2013, pp. 45-48), o a la resocialización de los reclusos.

Algo similar se observa en los “Doce pasos para hacer frente a la crisis del sistema penitenciario y carcelario”, confeccionado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que alude al mantenimiento y construcción de infraestructura penitenciaria y carcelaria, pero también al reconocimiento del problema, el diseño y la implementación de una política criminal racional, coherente y eficaz, el aumento del personal, la articulación de los diferentes sistemas de información, el fortalecimiento de la defensa técnica y la aplicación de las medidas de libertad contenidas en la legislación penal, la salud y la dignidad humana, la participación de judicantes o, en fin, el mejoramiento de las actividades administrativas (Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, 2013).

Consecuente con esta idea, el Ministerio del Interior y de Justicia comunicó, en la audiencia de rendición de cuentas de julio de 2012 a octubre de 2013 (Ministerio de Justicia y del Derecho [Min]Justicia, 2012 -2013), la intención del gobierno de tener una política criminal racional, coherente,

articulada y no reactiva, a consignarse expresamente en los documentos CONPES futuros y que comprendería, entre otros, temas como los de política criminal, infraestructura penitenciaria y carcelaria o el tratamiento y la resocialización. Igualmente, advirtió sobre el interés del ejecutivo en las mesas de trabajo conformadas para el seguimiento de las condiciones y tratamiento de la población indígena reclusa o la conformación de las políticas públicas en salud para los presos.

Sin embargo, los esfuerzos gubernamentales siguen encaminados, fundamentalmente, a la generación de nuevos cupos, sea porque se amplíen las instalaciones existentes o porque se construyan nuevas (Colprensa, 28 de febrero de 2013), aunque esas obras, no hace falta decirlo, deben hacerse con total apego a la reglamentación sobre el uso del suelo, solicitando las licencias ambientales correspondientes y cumpliendo las demás normas urbanísticas, pues, como cualquier otra actividad del Estado, ha de estar revestida de legalidad (Sentencia C-145 de 2015).

En esta línea de acción se inscribe la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), creada mediante el Decreto 4150 de 2011, que se ocupa de gestionar y operar el suministro de bienes y la prestación de servicios para la población reclusa, así como de la infraestructura y el apoyo logístico o administrativo para su funcionamiento (art. 3) (Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, s.f.).

Otra de las medidas sugeridas a través del Proyecto de Ley 265 del 21 de marzo de 2013, es la de privatizar los centros de reclusión; esta opción, que no constituye una innovación del sistema colombiano, fue incluida en el proyecto presentado por el gobierno para modificar el Código Penitenciario y Carcelario, donde se incluyeron las alianzas público-privadas para construir megacárceles; la propuesta se convirtió en la Ley 1709 de 2014 y consagró en su art. 14 la posibilidad comentada, que se encuentra a la espera de ser desarrollada.

La alternativa cuenta con partidarios y detractores y, aunque es innegable que pueden advertirse algunos beneficios, como el traslado de parte de los riesgos de la construcción y mantenimiento de las cárceles a los particulares (Caracol Radio, 31 de marzo de 2013) y que ello podría

coadyuvar a resolver la crisis carcelaria, tampoco deben dejarse fuera del análisis sus posibles efectos nocivos, que no son únicamente económicos (Carranza, 2012).

La experiencia chilena advierte sobre el aumento de los costos de operación por plaza y que todos los proyectos funcionan a máxima capacidad; el hacinamiento no ha disminuido y Chile tiene la tasa de sobrepoblación carcelaria más alta del Cono Sur (Carranza, 2012). En algunos sitios de los Estados Unidos de América, la experiencia tampoco ha sido del todo positiva: Ohio abrió su primera prisión privada en el año 2000 y los internos pasaron de cero en 1999 a más de 3.000 en 2010 (Mason, 2012) y en Carolina del Norte, California y Arkansas fueron cancelados varios contratos con los gestores privados, por razones asociadas al incumplimiento de las condiciones (Cheung, 2004).

Medidas legislativas

En materia legislativa, se destaca la expedición de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, publicada en el Diario Oficial núm. 49.039, que reformó el Código Penitenciario y Carcelario y la cual, según sus defensores y promotores, comporta un paso importante para la resolución de esta acuciante problemática. Para ello, la ley se estructura en torno a cuatro ejes fundamentales: (i) la reorganización del sistema, (ii) el apoyo a la actividad judicial, (iii) el fortalecimiento a la seguridad y (iv) la incorporación de la población reclusa a programas de readaptación.

Con el ánimo de crear un sistema penitenciario y carcelario sólido, se introdujeron diversas previsiones encaminadas a erradicar o, al menos, a disminuir, el hacinamiento carcelario y a mejorar la calidad de vida de los reclusos, especialmente en lo atinente al respeto de sus derechos fundamentales. En desarrollo de estas finalidades, se proponen varias líneas de acción, destacándose las relativas al trabajo y a la resocialización de los internos (Ley 1709 de 2014, arts. 3, 19, 26 y 37), la flexibilización de las medidas privativas de la libertad (arts. 3 y 32), la mejora de la seguridad en los centros de reclusión (art. 35), la creación del Fondo Nacional de Salud para personas privadas de la libertad (art. 66), la participación activa de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (art. 5), las

adecuaciones tecnológicas y logísticas para la realización de audiencias virtuales (art. 33) y, en fin, el fortalecimiento del Consejo Superior de Política Criminal.

En su momento, las autoridades estimaron que el balance era positivo, pues como resultado de la implementación de estas medidas legislativas, se estimaba que el hacinamiento había descendido en un 5 % (Colprensa, 30 de mayo de 2014).

Las causas del hacinamiento carcelario

El hacinamiento carcelario, conforme tuvo ocasión de indicarse, genera una serie de problemas que amenazan los derechos fundamentales de los internos, cuya vulneración de forma masiva y generalizada, junto a otras características también indicadas en su momento, han permitido a la Corte Constitucional colombiana advertir sobre un estado de cosas inconstitucional. Pero el hacinamiento carcelario es, además de la fuente de estas dificultades, una consecuencia; de ahí que esta sección se ocupe de indagar por el origen de esta compleja situación.

En este entendido, las próximas líneas se dedican, primero, a la creación de nuevos delitos y el aumento de las penas para los existentes; segundo, de la inaplicación de penas sustitutivas y de la restricción de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad; tercero, de la pérdida del carácter excepcional de la medida de aseguramiento de detención preventiva y, cuarto, de la congestión judicial.

La creación de nuevos delitos y el aumento de las penas para los existentes

En los últimos años, las autoridades públicas y, en especial, el legislador, han hecho un uso frecuente del derecho penal y frente a ello cabe afirmar dos cosas: por una parte, el abuso del que han sido objeto los instrumentos penales, ya que desde la promulgación del Código Penal actual y hasta el año 2011, se expidieron unas 36 leyes que lo modificaron efectivamente (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012) y, a la fecha, dicha cifra supera el medio centenar; en el mismo sentido, la cantidad de proyectos de reforma a la ley penal propuestos en las pasadas legislaturas alcanza los

21 en materia sustantiva y ronda los 6 en temas procesales (Corporación Excelencia por la Justicia, 2012).

Por otra parte, y salvo por alguna excepción aislada, es evidente el endurecimiento progresivo del sistema, pues se han creado más de medio centenar de nuevos tipos penales, aumentado las penas a máximos que superan, en algunos casos, la expectativa de vida de los colombianos, multiplicado las causales de agravación, restringido los beneficios procesales o penitenciarios y ampliado los términos y los plazos de prescripción (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

A causa de esta práctica legislativa, el número de personas privadas de su libertad ha sufrido un incremento exponencial entre 1992 y 2010, pasando de 27.000 a más de 81.000 (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Algunos estudios muestran una relación entre el aumento de los reclusos y la entrada en vigor de las normas penales: con los códigos Penal y de Procedimiento Penal de 2000 y la Ley 890 de 2004, ingresaron 13.900 nuevos internos entre los años 2002 y 2005; con las leyes 975 de 2005 y 1142 de 2007, unos 30.000 más entre los años 2006 y 2010 y con las leyes 1453 de 2011 y 1474 de 2011, la cifra aumentó en 16.007 durante el año 2011 (Ley 265 de 2013).

Lo sucedido con las penas también ilustra la cuestión indicada: además de su aumento general producto de la Ley 890 de 2004, se han incrementado las consecuencias de unos 80 delitos en concreto. Los máximos, por su parte, pasaron de 24 años de prisión en 1936 a más de 90 en la actualidad (Velásquez, 2013), dando lugar a sanciones desproporcionadas, como ocurre con ciertos supuestos de tráfico de drogas, cuya pena es similar a la del homicidio doloso (Uprimny et al., 2013). Otro tanto, según la Comisión Asesora de Política Criminal, ha sucedido con los mínimos, como en el delito del art. 356 del C. P. actual (disparo de arma de fuego contra vehículo), cuyo rango inferior ha variado un 800 % (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Teniendo en cuenta lo anterior, no parece desatinado afirmar que esta desmesurada actividad legislativa en materia penal ha contribuido sustancialmente a aumentar la población carcelaria en Colombia.

La inaplicación de penas sustitutivas y la restricción de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad

Es inevitable asociar al derecho penal con las penas en general y con la privación de la libertad en particular, la cual es la forma más característica y severa de intervención estatal, salvo en aquellos estados donde se aplica la pena capital; del mismo modo, no es fácil rebatir la idea de que las sanciones propias del ordenamiento punitivo constituyen una alternativa idónea para luchar contra el delito, proteger los derechos de los ciudadanos y preservar la seguridad.

Sin embargo, la privación efectiva de la libertad no es la única consecuencia penal prevista en el ordenamiento jurídico y, en realidad, existe un variado conjunto de sanciones, entre principales y accesorias (Velásquez, 2013, p. 665), que no revisten el nivel de severidad connatural a la prisión, ni conllevan los problemas inherentes a la reclusión intramuros (art. 34 y ss. C. P.). En este entendido, lo natural es que las penas de prisión se reserven para las conductas más graves.

No obstante, a pesar del amplio elenco de posibilidades contenido en la ley penal, la privación de la libertad se ha generalizado en las sociedades contemporáneas debido, en buena medida, al incesante reclamo social en el sentido de imponerla en todos los casos, por largos periodos y garantizar su cumplimiento efectivo. Todo esto ha minimizado el papel de las sanciones principales no privativas de libertad, las penas sustitutivas –aquellas que se aplican en reemplazo de otras– y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad –enderezados a suplantar la pena privativa de libertad–.

Aunque la necesidad de apelar a estas otras alternativas ha sido puesta sobre la mesa por diversas instancias judiciales (Sentencia T-153 de 1998), lo cierto es que el legislador penal colombiano ha procedido casi siempre en un sentido opuesto al indicado.

En relación con la suspensión condicional de la ejecución de la pena (art. 63 C. P.), la Ley 890 de 2004 (art. 4) supeditó su concesión al pago total de la multa; luego, normativas posteriores prohibieron su aplicación a ciertos delitos tales como el homicidio o las lesiones personales dolosas,

los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o el secuestro contra niños y adolescentes (Ley 1098 de 2006, art. 199 numeral 4), el terrorismo, la financiación del terrorismo, el secuestro extorsivo, la extorsión y los delitos conexos (Ley 1121 de 2006, art. 26).

Más recientemente, la Ley 1474 de 2011 (art. 13) dispuso que no se concedan subrogados penales ni mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad a quien haya sido condenado por un delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores, ni se le concedan beneficios o subrogados a los condenados por delitos contra la administración pública, de estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, de utilización indebida de información privilegiada, de lavado de activos y de soborno transnacional.

Naturalmente, no se escapa a nadie que privilegiar la privación de libertad intramuros incrementa el número de presos y, por ende, favorece la sobrepoblación en las prisiones, mucho más cuando esto tiene lugar en el marco de un aumento sostenido de la duración de las penas para casi todos los delitos.

La pérdida del carácter excepcional de la medida de aseguramiento de detención preventiva

Las medidas de aseguramiento constituyen una de las varias formas que adoptan las medidas cautelares en el ámbito procesal penal y, por esta razón, comparten sus rasgos generales (Sentencia T-774 de 2001). En esa medida, se exige que su decreto tenga apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris* o *fumus delicti commissi*) y que exista peligro en la demora (*periculum in mora* o *periculum libertatis*); lo cual debería estar acompañado de la exigencia en punto de la pendencia de un proceso penal que ha de ser actual o inminente (Nieva, 2012).

Tratándose del ordenamiento procesal penal colombiano vigente, estas medidas las decreta el Juez con función de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía (art. 306 CPP) y pueden ser privativas de la libertad o no: las del primer grupo, suponen una privación efectiva de la libertad personal, para el caso, la detención preventiva, que puede cumplirse en un

establecimiento de reclusión o en la residencia señalada por el procesado (art. 307 A).

En el segundo grupo están incluidas las obligaciones de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, en los términos del Decreto 177 de 2008 o a la vigilancia de una persona o institución determinada, presentarse ante el juez o la autoridad designada por éste u observar buena conducta individual, familiar y social, así como las prohibiciones de salir del país, concurrir a determinadas reuniones o lugares, comunicarse con determinadas personas o con las víctimas y salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. A las anteriores se suma la prestación de una caución real adecuada (art. 307 B).

Ya antes se dijo que la pena privativa de la libertad, habida cuenta de su gravedad, debe tener un carácter excepcional (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1990) y reservarse para los hechos más graves. Otro tanto debe predicarse de la prisión preventiva, solo que, en este caso, como su nombre lo indica, sus fines son cautelares y no sancionatorios (Sentencia C-327 de 1997).

En este orden de cosas, y según el principio de excepcionalidad que la rige (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrs. 69 y 70), la prisión preventiva constituye una excepción a la regla según la cual el reo ha de enfrentar el proceso en situación de libertad, puesto que se le presume inocente (Granados, 2013. p. 1) y su adopción debe reunir las notas de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad (arts. 2, 7, 26, 295 y 296 CPP); todo ello en armonía con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 28, 29 y 250, numeral 1).

Además de los requisitos indicados, es preciso satisfacer otras exigencias de índole subjetiva y objetiva: acorde con las primeras, la medida debe ser necesaria para evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia o porque constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima o porque resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia (arts. 308, 309, 310, 311 y 312 CPP). Las segundas, dicen relación con que el delito sea de competencia de los Jueces

Especializados, pueda investigarse de oficio y el mínimo de su pena sea o exceda de cuatro años, esté contenido en el Título VIII del Libro II del C. P. y la cuantía supere 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes o, en fin, que la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención con anterioridad (art. 313 CPP).

Pese a que el marco normativo sugiere, en efecto, una excepcionalidad reforzada, tal característica no se materializa en la realidad debido a varias razones: en primer lugar, gracias a lo que la Corte Constitucional llama ‘concepción carcelaria del derecho penal’ (Sentencia T-153 de 1998), evidenciable en el endurecimiento del sistema penal al que se ha hecho referencia en puntos anteriores.

En segundo lugar, debido al reclamo de una sociedad que, instigada por cierto sector de los medios de comunicación y de la clase política, se niega a ensayar otras formas para solucionar sus conflictos y prefiere los castigos más drásticos y severos. A esto se une la idea generalizada en cuanto a que la tramitación de un proceso con el presunto responsable en libertad es sinónimo de impunidad, lo cual propicia una equiparación inconveniente entre las penas privativas de la libertad y la detención preventiva, en detrimento del carácter preventivo o cautelar de esta última.

En tercer lugar, por cuanto los órganos jurisdiccionales atienden de forma favorable el reclamo social aludido, haciendo un uso arbitrario de las medidas de aseguramiento, p. ej., solicitándola cuando no se tiene material probatorio suficiente, con el objetivo de forzar aceptaciones de cargos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

La pérdida del carácter excepcional de la detención preventiva contribuye decididamente al hacinamiento carcelario: a 31 de diciembre de 2012, el 30.35 % del total de personas privadas de su libertad en Colombia (unas 34.571) lo estaba sin condena (Fundación para el Debido Proceso, 2013). Para enero de 2015, los internos privados de su libertad sin condena eran 41.133 (35,2 %), mientras que los condenados rondaban los 75.627 (64,8 %). Entre diciembre de 2014 y enero de 2015, el número de internos no condenados se incrementó en 3.036; en el mismo periodo, los internos condenados tan solo aumentaron en 101 personas más (INPEC, abril de 2015).

En cuanto a la situación jurídica de la población carcelaria y penitenciaria intramural de abril de 2015 se observa: 44.322 (37,1 %) internos(as) en calidad de sindicados(as); de ellos(as), 40.795 (92,0 %) hombres y 3.527 (8,0 %) mujeres. La población condenada registró un total de 75.056 (62,9 %) internos(as), de los cuales 70.227 (93,6 %) corresponde a hombres y 4.829 (6,4 %) a mujeres (INPEC, abril de 2015).

La congestión judicial

En este punto, se alude a que la cantidad de asuntos de los cuales debe ocuparse el poder judicial excede su capacidad de atenderlos oportunamente (Torres, 2002. p. 4); esta congestión acarrea que la administración de justicia se encuentre en mora o atraso permanente, pues le resulta imposible cumplir con los términos y los plazos fijados en las normas jurídicas correspondientes.

Sin desconocer la incidencia de otros factores en esta situación, es innegable que el incremento de la cantidad de delitos y la restricción de los mecanismos de terminación anticipada del proceso, favorecen la congestión judicial (El Tiempo, 8 de marzo de 2013): en el primer caso, porque se aumenta el número de asuntos a tramitar y, en el segundo, porque se impide que actuaciones en curso puedan encontrar una solución más rápida.

Una de las fórmulas más recurridas para atender este problema ha sido, tal vez, la de crear despachos de descongestión, pero estos, por su propia naturaleza, solo pueden brindar una solución de carácter temporal a la cuestión porque, entre otras cosas, su mantenimiento genera grandes costos económicos. Adicionalmente, una vez suprimidos, provocan caos y desconcierto entre los ciudadanos cuyos asuntos fueron tramitados allí (Naranjo, 6 de agosto de 2013).

Es cierto que se han propuesto otras alternativas, como las de simplificar los procedimientos, atribuir funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, promover mecanismos alternativos de resolución de conflictos o (re)adecuar la estructura del poder judicial, adoptar la oralidad, cobrar un arancel para financiar los proyectos de descongestión judicial o instaurar los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple (Institu-

to de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, 2009), pero, a juzgar por los resultados, ninguna de las fórmulas anteriores ha servido mucho.

A la vista del panorama actual, no extraña a nadie que los fiscales y los jueces, tanto los de control de garantías como los de conocimiento o los de ejecución de penas y medidas de seguridad, se encuentren desbordados (Vélez, 25 de marzo de 2013). Si el número de órganos jurisdiccionales es insuficiente para atender los asuntos que se les asigna, será imposible que cumplan con los términos previstos o, en el mejor de los casos, se tomarán todo el tiempo posible; así, por ejemplo, a 31 de octubre de 2012, las personas condenadas en los centros de reclusión administrados por el INPEC en Bogotá llegaban a 11.279 y solo había 19 jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para atenderlos, ocho de los cuales eran de descongestión, y a cada juez le correspondía un promedio de 593 casos (Grupo de Derecho de Interés Público s.f.).

El fenómeno descrito, sobra decirlo, incide en el hacinamiento carcelario, pues las personas detenidas preventivamente permanecen mayor tiempo en tal situación y quienes se encuentran cumpliendo condenas tienen que esperar, seguro más de lo que conviene, para obtener respuestas a sus peticiones. Para terminar, señalar cómo, con un criterio pragmático, pero discutible, se ha optado por ampliar los plazos procesales para, *v.g.*, formular la acusación o celebrar las audiencias preparatorias o del juicio oral (Ley 1453 de 2011), lo cual también ayuda a que las personas privadas de su libertad permanezcan por más tiempo en dicho estado.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, no hay duda en cuanto a que las prisiones colombianas están sobrepobladas y que esta situación ha generado un impacto negativo sobre las condiciones de reclusión de los internos, obligando a declarar un estado de cosas inconstitucional por causa de una evidente violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los reclusos, en especial, de sus derechos a la vida y a la integridad personal, a la familia, a la salud, al trabajo, a la educación, a la presunción de inocencia y, en determinados casos, a la identidad cultural. Se trata,

pues, de una situación que ha superado la capacidad de respuesta de las autoridades estatales en su conjunto.

Este estado de cosas no puede superarse sin el concurso de los poderes públicos, de ahí que todos ellos hayan adoptado diversas medidas. El ejecutivo, sobre todo en los últimos tiempos, ha generado diversos documentos institucionales (CONPES) donde se pretende abordar la cuestión desde una perspectiva integral, incluyendo lo atinente al diseño de la política criminal o a la resocialización de los internos; sin embargo, el eje central de sus medidas sigue siendo la adecuación de las penitenciarías existentes y la construcción de nuevas instalaciones.

El legislativo, a su turno, ha expedido algunas disposiciones orientadas a facilitar la descongestión de las prisiones, destacándose la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, mediante la cual se reformó el Código Penitenciario y Carcelario, articulada en torno a la reorganización del sistema, el apoyo a la actividad judicial, el fortalecimiento a la seguridad y la incorporación de la población reclusa a programas de readaptación. Finalmente, los jueces, quienes han sido muy activos en sede de tutela, han tomado decisiones de gran impacto que van desde el reconocimiento de violaciones masivas y generalizadas a los derechos de los reclusos, hasta la declaración del estado de cosas inconstitucional o la prohibición de ingresar más personas a las cárceles.

No obstante, a lo largo del trabajo quedó demostrado cómo esos mismos actores contribuyen, de forma paralela y significativa, a mantener el hacinamiento carcelario y hacen inútil cualquier intento por superarlo. Las medidas adoptadas hasta ahora son preponderantemente reactivas y, por ello, resultan insuficientes para atender este problema; las autoridades públicas no han sido, pues, consecuentes con el propósito de reducir la sobrepoblación carcelaria y esto evidencia la –preocupante– ausencia de una política seria en esta materia.

Así, el ejecutivo no ha realizado con la celeridad necesaria las adecuaciones locativas de las prisiones existentes ni ha cumplido con la puesta en operación oportuna de las nuevas. Tampoco ha contribuido decididamente a financiar al poder judicial, permitiéndole disponer de mayores recursos para ampliar su planta de personal y mejorar sus recursos logísticos, de tal

forma que pueda reducirse la congestión judicial y que el atraso sea menor. Además, es necesario que las autoridades locales cumplan con su obligación de construir y administrar los establecimientos de detención preventiva que, no solo separarían a quienes están efectivamente condenados de quienes soportan una medida de detención preventiva, sino que descongestionarían los establecimientos penitenciarios del orden nacional (Sentencia T-153 de 1998).

El legislativo, por su parte, ha demostrado con la expedición desaforada de leyes penales, caracterizadas por su severidad, que los deseos expresados en el sentido de racionalizar la política criminal son solo intenciones; esto quedó claro tras la revisión de las reformas penales adelantadas en los últimos tiempos, en las cuales se destacan el aumento de los delitos, el incremento de las penas y la restricción de los beneficios procesales y penitenciarios.

Finalmente, los jueces y, en general, los órganos jurisdiccionales (los fiscales y jueces con función de control de garantías, de conocimiento y de ejecución de penas y medidas de seguridad), hacen un uso excesivo de la reclusión en los establecimientos penitenciarios: la detención preventiva ha perdido su carácter excepcional y las penas no privativas de la libertad, así como las penas sustitutivas o los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, ocupan un papel secundario.

En definitiva, si de verdad quiere resolverse el problema del hacinamiento carcelario, es necesario tomar conciencia de que el asunto no se arregla construyendo más y mejores prisiones. Esto, sin duda, es necesario y probablemente sea lo más urgente, pero las medidas de mediano y largo plazo exigen diseñar una política criminal que reivindique el carácter de *ultima ratio* y garantista (Ferrajoli, 2001) del derecho penal y que piense el sistema en su conjunto. A esto deberán unirse decididamente los poderes jurisdiccional y ejecutivo, garantizando la vigencia del Estado de derecho y la dignidad de los seres humanos, incluso de aquellos que infringieron la ley penal.

El hecho de que un número muy importante de las personas privadas de la libertad en los centros carcelarios del país estén detenidas o conde-

nadas por delitos de homicidio (28.977), hurto (28.849), tráfico de armas (24.965), tráfico de estupefacientes (23.984) y concierto para delinquir (13.781) (INPEC, abril de 2015), evidencia que los problemas que acosan a los colombianos requieren una intervención integral y que internar a los autores de esos delitos en una prisión contribuye muy poco a su disminución. Seguramente, no conviene pensar en sociedades utópicas, libres de criminalidad o de criminales, pero está claro que mientras las prisiones sigan siendo simples depósitos de personas y no cumplan con las funciones de resocialización que se atribuyen a las penas, no podrá esperarse un cambio significativo en la sociedad colombiana.

Bibliografía

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia. (2001). *Centros de Reclusión en Colombia: un Estado de Cosas Inconstitucional y de Flagrante Violación de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/tematicos/informe%20carceles.htm>
- Benavides, F. (2013). Política Criminal y Constitución. En, *Derecho Penal y Constitución* (pp. 45-70). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Borráez, A. (7 de mayo de 2011). Tuberculosis, “arrinconada” en Cárcel Picota de Bogotá. *Agencia de Noticias Universidad Nacional de Colombia*. Recuperado de: <http://www.agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/article/tuberculosis-arrinconada-en-carcel-picota-de-bogota.html>.
- Caracol Noticias. (16 de marzo de 2013). Prohíben llevar más presos a la cárcel Bellavista de Medellín. Recuperado de: <http://www.noticiascaracol.com/nacion/video-289443-prohiben-llevar-mas-presos-a-carcel-bellavista-medellin>
- Caracol Radio. (31 de marzo de 2013). Desata controversia propuesta para privatizar manejo de cárceles. Recuperado de: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/desata-controversia-propuesta-para-privatizar-manejo-de-carceles/20130331/nota/1867601.aspx>
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 8, 31-66. Recuperado de: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
- Cheung, A. (2004). *Prison privatization and the use of incarceration*. Washington D.C.: *The Sentencing Project*. Recuperado de: http://www.sentencingproject.org/doc/publications/inc_prisonprivatization.pdf
- Colprensa. (28 de febrero de 2013). Gobierno ordenó a gobernadores y alcaldes construir cárceles para no condenados. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/historico/gobierno_

ordeno_a_gobernadores_y_alcaldes_construir_carceles_para_no_condenados-CEEC_231164

Colprensa. (30 de mayo de 2014). Solucionar el hacinamiento carcelario cuesta \$4 billones. *La República*. Recuperado de: http://www.larepublica.co/solucionar-el-hacinamiento-carcelario-cuesta-4-billones_129011

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano* (Informe Final). Recuperado de: http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Informe_Comisiion_Asesora_Drogas_2012.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Informe Sobre el Uso de Prisión Preventiva en las Américas* (2). España. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Verdad, Justicia y Reparación: cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/Justicia-Verdad-Reparacion-es.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (1995). *Política penitenciaria y carcelaria* (2797). Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/2797.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2004). *Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios - seguimiento a los CONPES* (3277). Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3575.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social [CONPES]. (2009). *Estrategia para la expansión de la oferta nacional de cupos penitenciarios y carcelarios* (3575). Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3575.pdf>

Corporación Excelencia por la Justicia. (2012). *Balance del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio: Boletín de actualización 2010-2011*. Bogotá.

Recuperado de: [http:// www.cjf.gob.mx / reformas / boletin / 0612 / DocColombia2.pdf](http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0612/DocColombia2.pdf)

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Sardinas Albo v. Italia (Application No. 56271/00), Sentencia del 17 de febrero de 2005 (Primera Sección de la Corte).

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Labita v. Italia (Aplicación No. 26772/95), Sentencia del 6 de abril de 2000 (Pleno de la Corte).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Informe No. 50/00, Caso 11.298, Fondo, Reinaldo Figueredo Planchart, Venezuela.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay.

Decreto 177 de 2008. Por el cual se reglamentan los artículos 27 y 50 de la Ley 1142 de 2007. Diario Oficial núm. 46.881. Ministerio del Interior y de Justicia.

El Espectador. (27 de agosto de 2012). Advierten más casos de Varicela en Cárcel La Modelo. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/advierten-mas-casos-de-varicela-carcel-modelo-articulo-370441>

El Tiempo. (9 de noviembre de 1996). Crece Hacinamiento en Cárcels del país. Recuperado de: [http:// www.eltiempo.com / archivo / documento-2013/MAM-583646](http://www.eltiempo.com/archivo/documento-2013/MAM-583646)

El Tiempo. (8 de marzo de 2013). Corte pide al Congreso parar leyes que aumentan penas. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12667302>

El Tiempo. (23 de septiembre de 2013). Hacinamiento se trasladó a estaciones de Policía de Cali. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13078397>

Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón* (4ª ed.). Madrid: Trotta.

- Fundación para el Debido Proceso. (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington D.C.: Autor.
- Granados, J. (2013). *El Principio de la Excepcionalidad de la Prisión Preventiva y su Aplicación Práctica en Colombia*. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Yhm54wAzcH0J:https://www.oas.org/es/cidh/ppi/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>
- Grupo de Derecho de Interés Público. (s.f.). *Informe Relativo a las Personas Privadas de la Libertad en Colombia*. Recuperado de: <file:///C:/Users/SONIA%20VARGAS/Downloads/Informe%20CIDH%20-%20GDIP%20y%20REP.pdf>
- Herrera, L. (29 de enero de 2014). El año pasado 22 presos murieron en riñas en cárceles del país. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13424156>.
- Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. (2009). *Medidas de Descongestión Judicial* (Boletín 133). Recuperado de: http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_133.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. (2013). *Glosario Penitenciario y Carcelario*. Recuperado de: <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Operaci%F3n%20Estad%EDstica/Glosario%20de%20T%E9rminos%2025%20de%20septiembre%20de%202014.pdf>
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. (2014). *Informe Estadístico Mensual*. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFORME%20ABRIL%202014.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC]. (2015). *Informe Estadístico Abril*. Recuperado de: http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20ABRIL%202015_0.pdf

- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial núm. 45.658. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial núm. 46.446. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1121 de 2006. Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial núm. 46.497. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de pre-vencción, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial núm. 48.128. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial núm, 49.039. Congreso de la República de Colombia.
- Mason, C. (2012). *Too Good to be True, Private Prisons in America*. Washington D.C: The sentencing Project. Recuperado de: http://sentencingproject.org/doc/publications/inc_Too_Good_to_be_True.pdf
- Ministerio de Justicia y del Derecho [MinJusticia]. (2012 -2013). *Informe Rendición de Cuentas. Bogotá*. Recuperado de: http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/RendicionCuentas/rendicion%20de%20cuentas_web.pdf
- Naranjo, S. (6 de agosto de 2013). Congestión, otro mal que la justicia no supera. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/C/congestion_otro_mal_que_la_justicia_no_supera/congestion_otro_mal_que_la_justicia_no_supera.asp

- Noticias RCN. (9 de mayo de 2014). Preocupación por el servicio de salud en las cárceles. Recuperado de <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/preocupacion-el-servicio-salud-las-carceles>.
- Noticias RCN. (29 de mayo de 2014). Denuncian hacinamiento en algunas URI de Bogotá. Recuperado de: <http://www.noticiasrcn.com/nacional-bogota/denuncian-hacinamiento-algunas-uri-bogota>
- Noticias Tele Medellín. (18 de marzo de 2013). La prohibición de ingreso de más presos a Bellavista podría replicarse en el país. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=QURInXeQgLo>
- Nieva, J. (2012). Las Medidas Cautelares. En *Fundamentos de Derecho Procesal Penal* (pp. 157-). Madrid: Edisofer.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1990). Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110.
- Proyecto de Ley 265 del 21 de marzo de 2013. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones (Modificación Código Penitenciario). Gaceta núm. 117/13. Congreso de la República de Colombia. Recuperado de: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=256&p_consec=35580
- Real Academia de la Lengua Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recuperado de: <http://lema.rae.es/>
- Sentencia T-424 de 1992. Acción de Tutela. M.P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional
- Sentencia T-523 de 1992. Acción de Tutela. M.P. Fabio Morón Ruiz. Corte Constitucional.
- Sentencia T-596 de 1992. Acción de Tutela. M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997. Acción Pública de Inconstitucionalidad. M.P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional.

Sentencia T-153 de 1998. Acción de Tutela. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional.

Sentencia T-296 de 1998. Acción de Tutela. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.

Sentencia T-590 de 1998. Acción de Tutela. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.

Sentencia T-606 de 1998. Acción de Tutela. M.P. Jorge Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.

Sentencia T-718 de 1999. Acción de Tutela. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional.

Sentencia T-847 de 2000. Acción de Tutela. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional.

Sentencia T-774 de 2001. Acción de Tutela. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.

Sentencia T-881 de 2002. Acción de Tutela. M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Corte Constitucional.

Sentencia T-023 de 2003. Acción de Tutela. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.

Sentencia T-025 de 2004. Acción de Tutela. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.

Sentencia T-1096 de 2004. Acción de Tutela. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.

Sentencia T-133 de 2006. Acción de Tutela. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentencia T-274 de 2008. Acción de Tutela. M.P. Jaime Araújo Rentería. Corte Constitucional.

Sentencia T-511 de 2009. Acción de Tutela. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.

- Sentencia T-128 de 2010. Acción de Tutela M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia T-418 de 2010. Acción de Tutela. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Sentencia T-728 de 2010. Acción de Tutela M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Sentencia T-286 de 2011. Acción de Tutela. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional.
- Sentencia C-289 de 2012. Acción de Constitucionalidad. M.P. Humberto Sierra Porto. Corte Constitucional.
- Sentencia T-861 de 2013. Acción de Tutela. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional.
- Sentencia T-815 de 2013. Acción de Tutela. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional.
- Sentencia T-388 de 2013. Acción de Tutela. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.
- Sentencia C-145 de 2015. Acción de Constitucionalidad. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Corte Constitucional.
- Torres, L. (2002). Ensayo: Congestión Judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo Colombiana. *Revista Dikaión: Lo justo*, 4(11), 58-71.
- Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios. (2013). *Doce Pasos para Hacer Frente a la Crisis del Sistema Penitenciario y Carcelario*. Recuperado de: http://www.spc.gov.co/__media__/u2/spc.gov.co/images/stories/INFO_INTERES/Documentos/Documentos/Doce_Pasos.pdf
- Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios. (s.f.). *Quiénes Somos*. Recuperado de: <http://www.spc.gov.co/quienes-somos/uspec.html>

- Uprimny, R. *et al.* (2013). Análisis de la Proporcionalidad Concreta: política de drogas, judicialización y sistema carcelario. En M. Rojas (Ed.), *Penas Alucinantes: La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 60-94). Bogotá: Antropos. Recuperado de: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/fi_name_recurso.302.pdf
- Valencia, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios* (2ª ed). Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Ediciones Andrés Morales.
- Velásquez, F. (2013). Seguridad Ciudadana e Inseguridad Jurídica. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, 5, 290-318. Recuperado en [revistas.ucr.ac.cr/index.php/ RDMCP](http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP).
- Vélez, C. (25 de marzo de 2013). Defensa oportuna ayudaría a reducir hacinamiento en cárceles. *El Colombiano*. Recuperado de: http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/D/defensa_oportuna_ayudaria_a_reducir_hacinamiento_en_carceles/defensa_oportuna_ayudaria_a_reducir_hacinamiento_en_carceles.asp

El plagio en el ámbito universitario y sus consecuencias penales*

Laura Nataly Castillo Garay**

Resumen

El plagio universitario es una forma de deshonestidad académica que tiene consecuencias jurídico penales si se infringen los derechos morales de los autores de las obras o se defraudan los derechos de terceros distintos de aquéllos. El trabajo propone delimitar el ámbito típico del artículo 270 del Código Penal colombiano, a partir de la precisión de los comportamientos constitutivos de un plagio académico penalmente relevante y su diferenciación de aquellos otros que no lo son, por ejemplo, los llamados ‘plagios no intencionales’, la apropiación de ‘meras ideas’, la compra y venta de trabajos (¿cuando media autorización!), el ‘autoplagio’ o la atribución de la paternidad de la obra a personas distintas del autor.

Palabras clave

Plagio, derechos morales de autor, deshonestidad académica, autoplagio, compra de trabajos.

* Este escrito constituye el producto final de la investigación que desarrollé, en calidad de joven investigadora, en el marco de las actividades del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’, bajo la dirección del profesor Renato Vargas Lozano.

** Joven investigadora de la Universidad Sergio Arboleda.

Introducción

La actividad universitaria se encuentra sujeta a una serie de principios tales como los de integridad, honestidad, objetividad o responsabilidad social, entre otros, pues debe responder a los intereses de los alumnos, los docentes, los investigadores, los directivos, el personal administrativo, los propios de las instituciones y, claro, los de la sociedad (Aréchiga, 2004). Cuando dichos principios e intereses son desatendidos, se presentan situaciones susceptibles de calificarse genéricamente como deshonestas.

Bajo tal denominación se incluyen las conductas que tienen un carácter exclusivamente antiético, así como aquellas otras que, además de su naturaleza contraria a la ética, también son objeto de sanción por el derecho. De ahí la importancia de precisar que las prácticas o procedereshonestos generan consecuencias negativas para quienes las realizan y para las instituciones que las toleran o las patrocinan, que van desde el descrédito personal e institucional hasta la responsabilidad legal (Shamoo & Resnik, 2009), incluida la de índole penal (Aluja & Birke, 2004, p. 98).

Aunque el interés –más bien reciente– de los autores por los comportamientos deshonestos, antiéticos e ilegales se centra en el quehacer científico –la producción de conocimiento y su comunicación–, en realidad se trata de un fenómeno que toca con todos los aspectos y los actores de la vida universitaria, es decir, con los estudiantes, los profesores, los investigadores, el personal administrativo y los directivos. Copiarse en un examen, mostrar favoritismo por ciertos alumnos o discriminarlos, falsear los datos o los resultados de una investigación, manipular los procesos de selección de los estudiantes o, en fin, distorsionar la información institucional para obtener beneficios económicos –ayudas y subvenciones públicas o privadas– o académicos –la aprobación de programas–, son solo algunos ejemplos de ello (Aluja & Birke, 2004, pp. 98-134).

Ahora bien, el marco descrito debe delimitarse para ajustarlo a los objetivos del presente escrito; por ello, conforme se sugiere desde su título, la atención del trabajo se centra en el plagio académico o universitario y, en cuanto a los posibles actores concernidos en su realización, a los estudiantes e investigadores. A un lado quedan, entonces, las conductas deshonestas,

antiéticas o ilícitas de los profesores en sus clases, los directivos y el personal administrativo, pero no porque sean irrelevantes, pues sí son importantes, sino por razones exclusivamente metodológicas referidas a la precisión del tema de investigación.

El plagio en el ámbito universitario constituye un comportamiento deshonesto que desborda el marco de lo ético, puesto que, en tanto infringe los derechos –morales– de autor, puede llegar a producir consecuencias jurídico-penales; de ahí que resulte pertinente preguntarse por cuáles son estas últimas, aunque ha de quedar claro que la respuesta no puede hacerse al margen del análisis de un ordenamiento concreto; de ahí que se tome como referencia el colombiano.

Esta aproximación a la cuestión resulta novedosa, puesto que, a pesar de su actualidad y relevancia, la misma no ha sido abordada por los autores nacionales y, aunque en el ámbito internacional existen estudios sobre el plagio académico (Adi, 2011; Alfaro & De Juan, 2014; Aluja & Birke, 2004; Antequera, 2010; Arce, 2009; Aréchiga, 2004; Astudillo, 2006; Bamford & Sergiou, 2005; Cavanillas, 2008; Comas & Sureda, 2008; Comas, Sureda & Oliver, 2011; Comas, Sureda, Casero & Morey, 2011; Dawson, 2004; Dordoy, 2002; Hirsch, 2012; Leiner, 2008; McCabe & Klebe, 1993; Park, 2003; Pastor, 2009; Posner, 2013; Renard, 1999-2000; Shamo & Resnik, 2009; Silva, Llanes & Rodríguez, 2008; Sureda, Comas & Morey, 2009; Underwood & Szabo, 2003), ninguno de los consultados analiza sus implicaciones penales; esto último también aplica para los textos especializados en materia penal, donde el asunto tampoco está presente (Álvarez, 2011; Bernate, 2012; Bernate & García 2011; Boix, 2012; Castro, 2011; Cobo, 2005; Córdoba & García, 2004; Gaviria, 2011; Martínez-Buján, 2011; Morillas, 2011; Quintero, Morales, Tamarit & García, 2008; Silva & Pastor, 2011; Suárez-Mira, 2008; Vives *et al.*, 2010).

En tal orden de ideas, el escrito se divide en dos grandes partes dedicadas, la primera, a precisar el concepto de plagio y a contextualizarlo en el entorno universitario y, la segunda, a señalar sus consecuencias penales en Colombia; además, se revisa algún caso problemático concreto (el de las monografías y las tesis de grado) y se identifican las excepciones relevantes en esta materia. Previo a todo esto, se mencionan, brevemente,

las implicaciones penales de la posible defraudación de terceros. Al final, se incluyen dos apartados dedicados, en su orden, a dar cuenta de las conclusiones de la investigación y a la relación detallada de las fuentes de orden bibliográfico, legal y jurisprudencial consultadas y empleadas para su elaboración.

La deshonestidad académica

El plagio en el ámbito académico y, en especial, aquel que tiene lugar en el entorno universitario, constituye una preocupación que debería concernir a los diversos actores sociales, pues la actividad académica es un vehículo para la producción y la difusión de una parte importante del conocimiento científico con el que se nutre la sociedad, pero, también, un escenario de formación de valores y de cultura.

Naturalmente, dicha preocupación se corresponde con los aspectos negativos atribuidos al plagio. Al hilo de esto, interesa advertir que el comportamiento aludido integra el elenco de procederes que, en el marco del ámbito universitario, constituyen una suerte de ‘malas conductas’ académicas (Aluja & Birke, 2004, pp. 94-97) susceptibles de calificarse como deshonestas, en tanto contrarias a los valores de rectitud y probidad inherentes a la “integridad” científica o académica (Sánchez & Fernández, s.f., p. 11; Toller, 2011, p. 90; Underwood & Szabo, 2003, p. 468).

La aceptación generalizada del carácter deshonesto de ciertos comportamientos desarrollados en el ámbito académico, hace que el verdadero reto en esta materia sea el de precisar las conductas ‘deshonestas’, en tanto ello remite a conceptos éticos o morales y culturales, que no pueden examinarse al margen de su ubicación en un lugar y en un tiempo determinados (Comas, Sureda, Casero, et al., 2011, p. 208). La dificultad advertida se manifiesta en el variado catálogo de comportamientos que los autores identifican como deshonestos, tan diversos como quienes los proponen, aunque la mayoría de las clasificaciones siguen, más o menos, el modelo anglosajón (Sureda et al., 2009, p. 199).

Si bien la deshonestidad toca con todos los actores y todas las actividades de la vida universitaria, no puede dejar de advertirse que la mayor

atención la reciben las conductas deshonestas realizadas por los estudiantes y las ocurridas a propósito de la investigación en todas sus fases (Sánchez & Fernández, s.f., p. 9). En consecuencia, las que tienen que ver, *v.g.*, con los profesores en el marco de sus actividades docentes, las autoridades universitarias o el personal administrativo, apenas reciben atención.

Sea como fuere, los efectos de cualquier propuesta de enlistarlas son mucho más académicos que prácticos y la relación resultante corre el riesgo de verse desbordada por una realidad que, en esta materia como en casi cualquiera otra, suele ser mucho más rica y compleja que la imaginación. Por ello, la agrupación efectuada a continuación solo está animada por la finalidad de explicar algunas de las modalidades o situaciones más relevantes en cada uno de los escenarios señalados y carece por completo de cualquier pretensión de exhaustividad.

En relación con las conductas deshonestas atribuidas a los estudiantes, los autores señalan las sucedidas a propósito de, primero, la presentación de exámenes: copiarse de otros, utilizar ayudas no autorizadas, obtener las respuestas anticipadamente y suplantar a quien tiene la obligación de presentar la prueba; segundo, la elaboración y presentación de trabajos: utilizar obras o trabajos ajenos sin citarlos, recibir ayuda de otros para realizar los trabajos propios o encargar su realización a terceros, emplear trabajos propios o ajenos ya presentados y relacionar fuentes no consultadas; y, tercero, las relaciones con otros estudiantes: dañar u ocultar los materiales de consulta o destruir los equipos de los laboratorios (Comas et al., 2011, pp. 208, 211-219; Underwood & Szabo, 2003, p. 468).

En cuanto a las relativas a las actividades de investigación, por regla general, asociadas a la actividad científica en sentido amplio, se mencionan de forma recurrente las genéricas de falsificación, fabricación y plagio de datos o información (Aluja & Birke, 2004, pp. 94-97), que, en este orden de cosas, serían las conductas más graves, pues están asociadas directamente a formas de fraude (Silva et al., 2008, p. 7).

Muchos de estos comportamientos son similares a los realizados por los estudiantes cuando presentan sus trabajos, aunque con las adaptaciones al contexto propio de la producción, la redacción y la divulgación de

las investigaciones y sus resultados; así, por ejemplo, inventarse datos o procedimientos o emplearlos de modo tendencioso, utilizar investigaciones ajenas sin citarlas, presentar trabajos propios anteriores como novedosos o con apenas modificaciones, incluir otros autores que no han participado en la investigación o que no han colaborado de una forma significativa, hacer publicaciones ‘duplicadas’ –cuando se engaña al editor–, o los llamados sesgos de investigación, prepublicación, publicación y pospublicación (Alfaro & De Juan, 2014; Silva et al., 2008, pp. 7-10; Sánchez & Fernández, s.f., pp. 11-14).

Por cuanto mira con los profesores, pueden llegar a resultar problemáticas en la clave examinada los favoritismos, los abusos de autoridad, la preparación deficiente de las clases o el ausentismo y la impuntualidad, la falta de interés en la revisión de las pruebas y trabajos asignados a los estudiantes o aceptar cualquier tipo de utilidad indebida a cambio de mejorar las calificaciones.

En relación con los directivos universitarios y las personas encargadas de la gestión administrativa, pueden mencionarse las relativas a los conflictos de interés, la utilización de las instituciones universitarias con fines personales y diferentes de los académicos, ofrecer programas sin tener profesores cualificados o instalaciones adecuadas, comercializar –vender– las notas, aplicar de forma dispar o desigualitaria el reglamento, favorecer injustificadamente ciertas dependencias en la asignación de recursos, etc.

Ahora bien, las causas que contribuyen a la deshonestidad académica, sobre todo de la endilgada a los estudiantes y a los investigadores, son variadas e incluyen las dificultades para conocer, interiorizar y aplicar las políticas de integridad académica de una institución, así como el comportamiento –mal ejemplo– de los otros estudiantes, profesores, investigadores, directivos o personal administrativo (McCabe & Klebe, 1993, pp. 526-529). Acorde con esto, la cuestión comentada ha de ser entendida –por ende, enfrentada– como un problema complejo al que se suman diversas variables y en cuya solución resulta más importante la apropiación de los valores connaturales a la integridad académica, que la mera adopción de códigos de honor (McCabe & Klebe, 1993, pp. 534-536) o reglamentos.

En cuanto a sus efectos, éstos son claramente negativos: acarrear perjuicios a quienes las realizan, amenazan su credibilidad y ponen en entredicho su trabajo, impactan la imagen de las instituciones en cuyo marco se producen y afectan el desarrollo de las actividades docentes y científicas al interior de las universidades (Hirsch, 2012, p. 143; Alfaro & De Juan, 2014). Por estas razones, conviene tomarse en serio lo sucedido en los claustros universitarios y, con la mira puesta en la mejor comprensión de este fenómeno, al menos en lo tocante con el plagio, las líneas ulteriores se enfocan en el examen de esta modalidad que aparece, casi sin excepción, en todas las clasificaciones de las conductas académicas y científicas ‘des-honestas’.

El plagio en el ámbito académico

El plagio académico es, conforme lo sugiere su denominación, una forma específica de plagio; a tono con esto, es preciso en primer lugar, aproximarse al concepto de plagio y, luego, en segundo lugar, precisar los contornos de aquel que interesa a este escrito: el ocurrido en el ámbito académico o universitario.

El concepto de plagio

Por cuanto mira con la expresión ‘plagio’, resulta común entre los autores que refieran el origen de la palabra para señalar que era empleada por los romanos para referirse al hecho de servirse de un esclavo ajeno como si fuera propio o hacer pasar un hombre libre, a sabiendas de que lo era, como si fuera un esclavo (Cadavid, 2009, p. 65; Dawson, 2004).

El Diccionario de la Lengua Española define la expresión al indicar que es la acción y el efecto de plagiar y, esto último, remite al acto “de copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias” (Diccionario de la Lengua Española, 2014). Algo similar acontece en el contexto anglosajón (Park, 2003, pp. 472-474), donde se define el plagio –*plagiarism*– como el acto de plagiar –*plagiarize* o *plagiarise*–, es decir, de apropiarse de las ideas o pasajes de otra obra u otro autor –“*to appropriate (ideas, passages, etc.) from (another work or author)*”– (Oxford Dictionaries, s.f.).

A día de hoy, existe cierto acuerdo sobre el significado de la expresión (apropiarse de las ideas o del trabajo ajeno), así como en cuanto a que el uso común de la misma expresión se corresponde, en términos generales y conforme se verá a continuación, con su empleo en la literatura especializada. Lo anterior, sin perjuicio de algunos matices sobre los cuales vale la pena estar advertidos, puesto que, en tanto se trata de un tema que involucra aspectos éticos/morales, culturales y jurídico-legales, las distintas definiciones giran en torno a un acto deshonesto, una mala práctica, un obstáculo para el desarrollo cultural y social o, en fin, la negación de los derechos de otro, un robo o un fraude.

Dentro de la doctrina se reconoce la dificultad de definirlo debido a la ambigüedad del concepto, a su casuística tan variopinta, a las diferentes percepciones del mismo a lo largo de las diferentes épocas y a las complejas relaciones entre este concepto y otras formas de ‘copia’ que también son ‘mal vistas’ (Posner, 2013, p. 13). En cualquier caso, en términos generales, los autores hablan de tomar *–taken–* las ideas de otro y reclamarlas *–claiming–* como propias (Underwood & Szabo, 2003, p. 468); de la atribución deshonesto e ilegal de la paternidad de una obra (Astudillo, 2006, p. 249); de presentar ideas ajenas como propias (Bernate, 2012, p. 373); de hacer valer como propios pensamientos, reflexiones y textos que pertenecen al dominio personal y subjetivo de otro (Adi, 2011, p. 172); y de apropiarse en lo sustancial de una obra ajena (Quintero et al., 2008, p. 852) o de un fraude (Posner, 2013, p. 41).

Por cuanto mira con su previsión legal, los autores refieren algunos antecedentes remotos en la Ley Fabia romana, aunque en un contexto diferente del actual (Cadavid, 2009, p. 65); la legislación contemporánea no suele emplear la palabra plagio y lo habitual es encontrar que se concedan varios derechos a los autores de las obras, entre los que se cuenta el de ser reconocido como tal. Esto acontece en Colombia, cuyo marco legal sigue tal orientación, conforme se desprende de la Convención de Berna de 1886 –artículo 6º bis–, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 –artículo 27.2–, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Nueva York de 1966 –artículo 15–, la Decisión de la Comunidad Andina 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de

Cartagena –artículo 11–, la Constitución Política –artículo 61– y las leyes 23 de 1982 –artículo 30– y 44 de 1993.

En otros casos, sobre todo cuando se trata de la normativa de tipo sancionador, administrativa o penal, no es infrecuente encontrar una descripción más o menos detallada del comportamiento consistente en apropiarse de las obras ajenas o que lesionan, de forma genérica, el aludido derecho a la paternidad de la obra. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 270 del Código Penal colombiano.

A la vista de esta revisión, tiene razón la Dirección Nacional de Derechos de Autor colombiana cuando afirma que el plagio es, en definitiva, un concepto de carácter doctrinal y que este tipo de conductas afectan el derecho a la paternidad que tiene el autor de la obra, en tanto el plagario se presenta como autor de ella; esto, sin perjuicio de que resulte afectada la obra en su integridad –dado que la apropiación normalmente se disfraza mediante la modificación del contenido de la obra– o se vulneren otras prerrogativas de carácter patrimonial, tales como la transformación no autorizada de la obra y su reproducción no consentida (Dirección Nacional de Derechos de Autor [DNDA], 2007).

El plagio académico o universitario

Este comportamiento no se circunscribe al ámbito académico, universitario o científico (Pastor, 2009, p. 106), siendo especialmente relevante en los campos de las obras literarias y artísticas en el ámbito comercial, de ahí la importancia de aclarar que el interés del presente trabajo se centra en aquel plagio que ocurre a propósito de las actividades universitarias y, en concreto, del realizado por los estudiantes a propósito de sus trabajos –al margen de que se trate de ejercicios para una asignatura o como fin de un programa de pre o posgrado– y de los investigadores –por lo general, al hilo de sus publicaciones (Astudillo, 2006, p. 259)–.

No son pocos los escándalos que en la actualidad llaman la atención sobre el plagio en el ámbito aludido, pues la mayoría involucra personajes importantes de la vida política internacional; al ya famoso de Martin Luther King Jr. (*The New York Times*, 10 de octubre de 1991), se suman los del vicepresidente de los EE. UU., Joe Biden (Dionne, 17 de septiembre de

1987), el presidente de Hungría, Pál Schmitt (Blanco, 4 de abril de 2012), o los ministros alemanes, Karl-Theodor zu Güttenberg, Annette Schavan y Gerd Müller (El País, 10 de abril de 2014). Al margen de estos casos de alto impacto mediático, lo cierto es que el plagio académico o universitario no produce grandes titulares y lo usual es que este tipo de conductas se resuelvan al interior de las instituciones académicas.

Con todo, esto ha cambiado y en Colombia, p. ej., algunos de esos asuntos llegan a los estrados judiciales (Ayala, 5 de enero de 2012), incluso a los penales, como sucedió con el concurso de notarios de 2007 (El Tiempo, 3 de abril de 2010) o la profesora universitaria condenada por esa conducta (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia Rad. 31403 de 2010). A la mayor conciencia sobre estos hechos y sus consecuencias jurídicas en el país contribuyó, sin duda, la jurisprudencia constitucional que instó a las instituciones educativas a adoptar medidas severas contra estos comportamientos, al tiempo que compulsó copias a las autoridades penales en un caso concreto (Sentencia T-941A de 2011).

Según se indicó, el plagio constituye una conducta deshonesta que, cuando tiene lugar en el marco de las actividades realizadas por los estudiantes y los investigadores en una institución universitaria, puede llamarse ‘académico’ o ‘universitario’. Pese al interés que estos comportamientos han despertado entre los autores en los últimos años, sobre todo en el mundo anglosajón, lo cierto es que estas conductas no son nuevas (Comas & Sureda, 2008, p. 2; Renard, 1999-2000, p. 38), aunque ahora, es cierto, existe mayor información sobre sus causas y las modalidades empleadas para su realización se han sofisticado, gracias a Internet y a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (Alfaro & De Juan, 2014, pp. 5-6; Bamford & Sergiou, 2005, p. 21; Cavanillas, 2008; Comas & Sureda, 2008; Dawson, 2004; Dordoy, 2002; Park, 2003, pp. 479-480; Pastor, 2009, p. 111; Posner, 2013, p. 13; Renard, 1999-2000; Sureda et al., 2009, pp. 208-215).

Sus causas

Las causas del plagio académico difieren para los estudiantes y para los investigadores, aunque en ambos casos resultan relevantes el entorno

altamente competitivo y la presión social por alcanzar el éxito académico, científico y profesional.

El grueso de los estudios disponibles se concentra en las razones por las cuales plagian los estudiantes y, acorde con dichos trabajos, ello ocurre por diversas causas que van desde motivos personales hasta circunstancias institucionales (Dawson, 2004). Es común encontrar referencias al desconocimiento de las normas de citación y un mal uso del parafraseo; a razones de (in)eficiencia en el manejo del tiempo o pereza; al deseo/necesidad de obtener mejores notas o cumplir con expectativas sociales de éxito; a ciertos valores personales –‘todo el mundo lo hace’– y actitudes –desafiar a la autoridad o a la institución–; a problemas idiomáticos, sobre todo en los estudiantes extranjeros o, en estos mismos casos, a una discordancia entre sus valores –culturales– y los de las instituciones; a la ausencia de medidas suficientemente disuasivas; al desconocimiento de las políticas institucionales o, en fin, a la oportunidad que propician Internet y las nuevas tecnologías (Alfaro & De Juan, 2014, pp. 5-6; Bamford & Sergiou, 2005, p. 21; Dawson, 2004; Dordoy, 2002; Park, 2003, pp. 479-480; Pastor, 2009, p. 111; Posner, 2013, p. 13; Sureda, *et al.*, 2009, pp. 208-215; Toller, 2011, p. 86).

También se han identificado otras causas directamente relacionadas con los profesores, por ejemplo, la escasa supervisión de los trabajos; pedir el mismo trabajo todos los años o la falta de claridad en las instrucciones para su realización; sobrecargar de actividades a los alumnos o, incluso, su propia ingenuidad (Sureda *et al.*, pp. 208-215). Así mismo, se señalan otras de carácter institucional, tales como la masificación, la ausencia de políticas claras sobre la materia o la falta de programas de educación institucionales (Sureda *et al.*, pp. 208-211).

De otro lado, por cuanto mira con las causas del plagio en los investigadores universitarios, se repiten algunas de las mencionadas anteriormente, como el desconocimiento de las normas de citación, las relativas al manejo del tiempo o la oportunidad que posibilitan las nuevas tecnologías e Internet. A las anteriores, se agrega la relativa a la presión derivada de las mediciones de productividad y la necesidad de publicar, lo cual ha sido definido con la expresión en inglés *publish or perish* (Clapham, 2005; Kleschick, Lubetkin, Oliver, Hutchins & Peterson, 2000), que puede traducirse como ‘publicar o perecer’.

Sus clases

De modo general, los autores diferencian dos supuestos de plagio: el no intencionado y el intencional. El primero, suele asociarse a comportamientos en los cuales no hay una intención deliberada de plagiar, por ello se afirma que es accidental o que resulta inadvertido para quien lo realiza; se explica debido al desconocimiento en torno al plagio y su valoración negativa o a la ignorancia de las reglas de citación y referenciación, por lo cual resulta mucho más frecuente en los estudiantes que inician sus estudios universitarios (Bamford & Sergiou, 2005, p. 17; Park, 2003, p. 476; Pastor, 2009, p. 109; Renard, 1999-2000, p. 38); acá también caben los supuestos de plagio causados por el uso inadecuado de recursos tales como la paráfrasis o el resumen (Alfaro & De Juan, 2014; Park, 2003, p. 475; Pastor, 2009, p. 109).

Otros autores, por el contrario, entienden que no puede hablarse de plagio sin intención, pues solo puede considerarse como tal aquél en el cual existe una “intención o voluntad fraudulenta de asumir la paternidad de una obra ajena” (Astudillo, 2006, p. 255); así, la única forma de plagio sería la intencional a la cual son inherentes la premeditación y el ánimo de engañar, lo cual no siempre será sencillo de demostrar (Park, 2003, p. 476).

El plagio académico puede ser total o parcial, dependiendo de si lo apropiado es la totalidad de la obra o una parte de ella (Antequera, 2010, pp. 143-144) y, en ambos casos, puede ser un plagio inteligente o elaborado –en el que se varían las palabras originales del autor– o un plagio burdo o servil –caracterizado por la transcripción literal de las palabras de la obra ajena– (Antequera, 2010, p. 144; Bernate, 2012, p. 373); aunque en este último caso hay quienes dudan de su relevancia, pues no es claro el deseo de ocultarlo por parte de quien lo realiza (Posner, 2013, p. 21) y, por ende, resulta difícil afirmar un ánimo de engañar.

Acorde con la revisión de la literatura disponible, las formas por las cuales se produce el plagio académico o universitario pueden resumirse en (i) hacer pasar un escrito ajeno como si fuera propio, ya sea porque se obtenga el original directamente de otros alumnos anteriores, se descargue de los llamados ‘bancos de ensayos’ o se encomiende su confección “a medida”;

(ii) apropiarse total o parcialmente de una obra ajena sin el consentimiento de su autor, lo cual puede ocurrir cuando se desconoce la paternidad ajena sobre la totalidad o parte de una obra, se omiten deliberadamente las normas de citación, se abusa del derecho de cita o se realiza una traducción que se hace pasar como propia; y (iii) parafrasear obras ajenas sin otorgar crédito a sus titulares (Astudillo, 2006, p. 259; Dordoy, 2002, p. 6; Park, 2003, p. 475; Underwood & Szabo, 2003, p. 468).

La influencia de las tecnologías de la información y las posibilidades que ofrece Internet, han puesto sobre la mesa una modalidad a la que los autores reconocen cierta autonomía: el llamado ciberplagio o plagio digital (Park, 2003, p. 481), mediante el cual se alude a los supuestos en los que la apropiación se produce respecto de contenidos alojados en páginas o sitios de Internet, lo cual resulta especialmente sencillo teniendo en cuenta la gran cantidad de fuentes y su disponibilidad permanente, casi siempre de forma gratuita; por ello, es fácil entender que actualmente Internet sea, al mismo tiempo, la principal fuente de documentación, pero también de plagio (Sureda *et al.*, 2009, pp. 212-213).

La modalidad indicada resulta de especial relevancia por la frecuencia con que ocurre, la facilidad con que puede realizarse y, también, debido a la utilidad que en su detección tiene la propia Internet –mediante el uso de motores de búsqueda– o de las nuevas tecnologías –desarrollando y empleando programas especializados– (Alfaro & De Juan, 2014; Park, 2003, pp. 481-482; Pastor, 2009, pp. 107-108; Sánchez & Fernández, s.f., p. 22; Underwood & Szabo, 2003, p. 468).

Su lesividad

El plagio no siempre ha sido considerado un comportamiento reprochable y, de hecho, en algún momento se tuvo esta modalidad de imitación como la forma de halago más elevada (Park, 2003, p. 473); tampoco es fácil entender que la cultura o la ciencia puedan avanzar si no es, en buena medida, a partir de las creaciones previas de otros, es decir, sin una dosis, más o menos moderada y tolerada, de plagio (Sánchez & Fernández, s.f., p. 19). No obstante, en la actualidad hay cierto consenso en torno a que el potencial dañoso del plagio es significativo y, mucho más, cuando tiene lugar en el ámbito académico y universitario.

En efecto, en primer lugar, se advierte que sus consecuencias negativas se proyectan en el plano ético o moral que mira con los valores personales de cada cual (Hirsch, 2012, p. 145), pues son conductas incorrectas que sugieren un proceder deshonesto (Silva et al., 2008, p. 5).

En segundo lugar, se menciona la afectación que sufre la universidad como institución y la sociedad como colectivo (Astudillo, 2006, p. 260): el plagio entorpece el proceso educativo y formativo de los estudiantes, al tiempo que perjudica la producción de conocimiento connatural a la investigación universitaria de la que se aprovecha la comunidad. En estos casos, el interés vulnerado es uno de clara naturaleza pública o general (Pastor, 2009, p. 109; Shamoo & Resnik, 2009).

En tercer lugar, se indica que comporta un engaño que afecta directamente a los destinatarios del trabajo, esto es, a los profesores o a los investigadores interesados en el escrito y con los cuales se comparte el mismo (Cavanillas, 2008, p. 2; Toller, 2011, p. 89). Desde esta perspectiva, el interés lesionado en esta hipótesis es de carácter personal, aunque pueda radicarse en un colectivo, por ejemplo, el tribunal encargado de evaluar una tesis de maestría o de doctorado.

En cuarto lugar, se señala la vulneración de los derechos de autor, siendo la más grave aquella que compromete el derecho a la paternidad de la obra, esto es, la prerrogativa que se concede a los autores de las obras de ser reconocidos como tales (Astudillo, 2006, p. 249); por supuesto, ésta puede venir acompañada de otras infracciones a los derechos morales –a la integridad de la obra o al inédito– y/o patrimoniales –el derecho de reproducción, si va unido a la multiplicación de la obra– (Cavanillas, 2008, p. 2; Hirsch, 2012, p. 145; Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004). En este caso, el interés afectado es el del titular de los derechos morales o patrimoniales conculcados.

¿El plagio académico o universitario es un delito?

Ya se ha aclarado que ese comportamiento deshonesto tiene implicaciones éticas y sus efectos perjudiciales se proyectan sobre diversos planos y afectan plurales intereses, tanto individuales como colectivos. Por supuesto,

lo normal es que dichas conductas generen consecuencias para quienes las realizan: académicas –la pérdida de la nota o del título obtenido– y disciplinarias –la suspensión o la expulsión de la institución– para los estudiantes, laborales –anotaciones en las hojas de vida o, incluso, despidos–; y para los investigadores, su entidad depende de la gravedad y de las circunstancias en que fue realizado, así como del marco normativo y disciplinario vigente en cada institución. Además, tratándose de los investigadores, el plagio puede suponer la prohibición de publicar en una determinada revista o un grupo de ellas y, claro, el desprestigio de quien lo realiza entre sus pares.

Desde esta perspectiva, además de las sanciones de carácter ético más o menos difusas aplicadas por el entorno personal y profesional del estudiante o del investigador, el plagio es objeto de unas sanciones académicas –en sentido amplio– y disciplinarias, cuya aplicación corresponde directamente a las instituciones universitarias a las que el estudiante o el investigador se encuentran vinculados.

Aclarado esto, corresponde resolver si el plagio universitario genera consecuencias de índole penal para quien lo realiza y, por consiguiente, la atención debe centrarse en la eventual realización de un fraude que afecte a terceros y, sobre todo, en la posible afectación de los derechos de autor.

La defraudación de terceros

Los autores entienden que uno de los efectos nocivos del plagio tiene que ver con el engaño que sufren terceros y ello es evidente en la medida en que quien se apropia de la obra ajena hace pasar como suyo algo que no lo es y, en tal medida, el destinatario de aquélla termina engañado. Sin embargo, para que dicho efecto pueda ser constitutivo de una infracción a la ley penal, tendría que producir un perjuicio de carácter patrimonial en quien es engañado porque, p. ej., que la víctima hubiera pagado por la obra plagiada. En tal situación, podría verificarse una estafa.

La estafa, como se sabe, consiste en la obtención de un provecho ilícito –para quien la realiza o para otro–, con perjuicio ajeno, asociado al comportamiento de quien induce o mantiene a otro en error por medio de artificios o engaños (art. 246 C. P., inc. 1°); en este contexto, el artificio o el

engaño consistiría, justamente, en la presentación como propia de una obra que es ajena. No obstante, aún en esos casos la tipificación del comportamiento no es sencilla, puesto que quedará por decidirse si efectivamente puede considerarse que el engaño sobre la autoría de la obra es relevante, dado que lo determinante para quien encarga la obra puede ser el contenido de la misma y no tanto quién es su autor.

La afectación de los derechos –morales– de autor

El plagio académico, como el general, supone, ante todo, una afectación del derecho del autor a ser reconocido como tal; por ello, los doctri-nantes coinciden en que dicho comportamiento implica una infracción a los derechos morales del autor.

Los derechos de autor constituyen un conjunto de prerrogativas concedidas a los autores de las obras que abarcan dos facetas: la moral y la patrimonial, referida esta última a su explotación económica (Sentencia C-276 de 1996). El ordenamiento jurídico colombiano reconoce esta división y, a partir de ella, articula su protección jurídica; como ya se indicó, la regulación nacional sobre esta materia se encuentra contenida en varias normas, entre las cuales están la Convención de Berna de 1886, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Nueva York de 1966, la Decisión de la Comunidad Andina 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la Constitución Política y las leyes 23 de 1982 y 44 de 1993.

A las anteriores se suma lo previsto en el Código Penal que, en su Título VIII, en un capítulo único, y a lo largo de tres artículos diferentes, regula lo atinente a las consecuencias penales derivadas de la infracción a los derechos de autor. Las disposiciones en comento prevén las sanciones para las violaciones a los derechos morales de autor (art. 270), las infracciones a los derechos patrimoniales y conexos (art. 271) y la violación a los mecanismos de protección de los derechos de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (art. 272).

En tanto el plagio infringe el derecho a ser reconocido como autor de la obra, el análisis se concentra en lo previsto en el artículo 270 C. P., al

hilo del cual se tutelan los derechos morales de autor, ámbito al que se adscribe el derecho a la paternidad de la obra, y cuyo texto se transcribe a continuación:

Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

Parágrafo. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

Los supuestos incluidos en el artículo 270 C. P.

A primera vista, la disposición transcrita sanciona la infracción de varias de las facultades o prerrogativas asociadas a la condición de autor, como son, el derecho al inédito ('publique sin autorización'), a la integridad de la obra ('inscriba con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado de-

formado, modificado o mutilado’ o ‘por cualquier medio o procedimiento compendie o mutile’) o a su transformación (‘por cualquier medio o procedimiento transforme’). Aunque el legislador no emplea de forma expresa la palabra plagio, es fácil advertir que el comportamiento de inscribir una obra en el registro de autor con el nombre de una persona distinta al autor verdadero, siempre que quien aparezca como autor se apropie de aquélla, configura un supuesto de plagio y, por consiguiente, lo tutelado en tales casos es el derecho del autor a ser reconocido –inscrito y registrado– como tal.

Desde luego, esta previsión tiene sentido en la medida en que, si bien la calidad de autor se adquiere por el solo hecho de la creación de la obra (artículos 52 de la Decisión 351 y 9 de la Ley 23 de 1982), de tal forma que el registro solo tiene efectos declarativos –no constitutivos–, lo cierto es que quien aparece inscrito en la Dirección Nacional de Derechos de Autor se presume –una presunción legal– autor de la obra respectiva (artículo 4º del Decreto 460 de 1995). Pero, si esto es así, parece claro que la norma deja sin protección el derecho de paternidad en aquellos eventos en los que las obras no se inscriben en el registro aludido.

A una conclusión similar llegó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para quien la interpretación literal y exegética del precepto sugiere “que quien publica total o parcialmente una obra ya divulgada, atribuyéndose falsamente la paternidad de la misma [...] en principio no estaría desarrollando conducta atentatoria contra tales derechos” (Sentencia Rad. 31403 de 2010, p. 71).

Lo anterior, entiende la Sala, resulta paradójico en tanto el derecho moral más importante, cual es, el de la paternidad sobre las obras, queda desprotegido o es protegido de modo insuficiente y, además, sugiere un incumplimiento, tanto de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esta materia como de lo previsto en la Constitución (Sentencia Rad. 31403 de 2010, pp. 71-75). La disposición examinada, en opinión de la Corte, es confusa y en su pretensión de:

Aparecer técnica, termina por producir un efecto de limitación incomprensible, al punto de omitir relacionar expresamente la conducta que

con mayor vigor afecta los derechos morales –un derecho humano, cabe reiterar– del autor de la obra, esto es, el plagio en su acepción prístina (Sentencia Rad. 31403 de 2010, p. 75).

En orden a paliar esta situación, la Corporación no encontró otra alternativa distinta a la de “armonizar el contenido del artículo 270 del Código Penal con la preceptiva internacional que hace parte del Bloque de Constitucionalidad” (Sentencia Rad. 31403 de 2010, p. 77) y para ello recurrió al principio *pro homine* con base en el cual entendió que puede –y debe– “dar a las normas la exégesis más amplia posible, es decir, se debe preferir su interpretación extensiva” (Sentencia Rad. 31403 de 2010, pp. 76-78).

Consecuente con este argumento, la Sala ordenó entender de forma amplia el numeral 1° del artículo 270 para incluir las siguientes conductas:

1) aquellas que a través de otras formas de *divulgación* conlleven la pública difusión de la obra inédita, sin autorización previa y expresa de su titular; y, 2) aquellas que conlleven a la violación del derecho de paternidad o reivindicación, conforme a las siguientes eventualidades: 1) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se *divulga* total o parcialmente, a nombre de persona distinta a su titular, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico. 2) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se *publica* total o parcialmente, a nombre de otro, una obra ya *divulgada*, de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico (Sentencia Rad. 31403 de 2010, pp. 78-79).

A lo anterior debe añadirse que, siguiendo lo previsto en el artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993, la divulgación tiene un espectro más amplio que la publicación, pues mientras la primera “implica cualquier medio o procedimiento para hacer accesible la obra a un número indeterminado de personas”, la segunda alude a “la elaboración y distribución de ejemplares para ser introducidos en un determinado mercado” (DNDA, 2006).

Así las cosas, el derecho a la paternidad de la obra queda regulado al amparo de los numerales 1 y 2 del artículo 270 acorde con los cuales la

sanción del plagio queda sujeta, de forma alternativa, a la inscripción en el registro, a la divulgación –total o parcial– de una obra inédita a nombre de una persona distinta de su titular y a la publicación –total o parcial– a nombre de otro de una obra ya divulgada.

En consecuencia, el plagio realizado por los estudiantes o los investigadores acarrea consecuencias penales si unos u otros (i) inscriben en el registro respectivo una obra ajena a su nombre, (ii) se apropian de una obra inédita ajena que luego divulgan de forma total o parcial o (iii) se apropian de una obra ajena ya divulgada que publican luego total o parcialmente. En sentido contrario, los plagios académicos en los cuales no hay inscripción, divulgación o publicación, no le interesan al derecho penal.

Los supuestos excluidos del artículo 270 C. P.

Además de los antedichos, hay otros supuestos que también están por fuera del ámbito del artículo 270: en primer lugar, quedan excluidas las formas de plagio no intencional. En efecto, el delito previsto en el artículo 270 C. P. es doloso, esto significa, acorde con lo señalado en el artículo 22 C. P., que quien realiza el plagio debe conocer los hechos constitutivos de la infracción y, además, querer su realización (dolo directo). De modo general, puede decirse que esta definición de dolo es incompatible con la idea de un plagio no intencional, el cual se correspondería, más bien, con las hipótesis culposas que, tratándose del delito en comento, no están previstas expresamente (art. 21 C. P.).

Al hilo de lo anterior, vale la pena hacer referencia a los supuestos de plagio que podrían explicarse por un fenómeno conocido como ‘criptomnesia’ o ‘memoria oculta’, en el marco del cual el sujeto cree que se le ha ocurrido algo nuevo y original cuando en realidad está reproduciendo –evocando– algo que previamente conoció y que es de otro (Park, 2003, p. 476); dado que en estos casos el sujeto no sabe de la ajenidad de ‘su idea’, no podría ser responsabilizado penalmente por una apropiación de la que no es, en definitiva, consciente.

En segundo lugar, queda excluida como forma de plagio la apropiación de una idea ajena. Algunos autores entienden que el plagio supone la apropiación de las ideas y las obras ajenas (Park, 2003, p. 475; Toller, 2011,

pp. 87-89; Underwood & Szabo, 2003, p. 468); sin embargo, la regulación de los derechos de autor en Colombia no protege las ideas sino la forma en que éstas se manifiestan o expresan (art. 6° de la Ley 23 de 1982 –inc. 2°– y art. 7° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina), es decir, se protegen las obras, siempre que constituyan una expresión o manifestación original, en tanto expresan la personalidad del autor y sin que importe su mérito, forma o destino (Antequera, 2010, pp. 126-127).

En tercer lugar, no constituyen plagio los casos de compra y venta de trabajos o su intercambio. En estos eventos el dueño del trabajo lo vende o lo facilita a un tercero quien lo presenta a nombre propio, como si fuera su autor; así, la apropiación de las ideas ajenas tiene lugar con el conocimiento y el consentimiento expreso del autor de la obra y, por ello, si bien su uso puede resultar reprochable, lo cierto es que la apropiación de la obra no sería delictiva en la medida en que existe una autorización previa y expresa en tal sentido; al menos a la luz de lo previsto en el numeral 1° del artículo 270; el numeral 2°, empero, no contempla de dicha autorización, previsión que, por cierto, se corresponde mucho más con el carácter indisponible reconocido a los derechos morales de autor.

Esta práctica –que, según parece, es una verdadera industria (Comas & Sureda, 2008, p. 5)– se facilita gracias a las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías; en la actualidad existen innumerables sitios de Internet que ofrecen trabajos, ensayos o artículos a quienes precisen uno, en algunos casos de forma gratuita y, en otros casos, a cambio de un precio que varía en función de las condiciones –tiempo, dificultad, etc.– y que incluso pueden encargarse ‘a medida’, ‘a la carta’ o ‘bajo demanda’, modalidad esta última que se ha hecho más común y atractiva debido a la necesidad de evitar las medidas ‘antiplagio’ (Comas & Sureda, 2008, pp. 2-7; Park, 2003, pp. 481-482; Underwood & Szabo, 2003, p. 469).

En cuarto lugar, está excluido el ‘autoplagio’, es decir, aquellos eventos en los que el autor de un trabajo previo lo utiliza con posterioridad repitiendo el mismo contenido o variándolo de forma insignificante y, en ocasiones, sin advertir de tal circunstancia a su destinatario, que puede ser el profesor de una asignatura en el caso de los estudiantes o, bien, el editor de una revista cuando son trabajos destinados a publicarse. La dificultad

para su tipificación como plagio estriba en que la obra no es ajena: la obra le pertenece a quien la usa y la da por propia (Astudillo, 2006, p. 262; Silva, et al., 2008, p. 9); es posible que su uso sea ilegítimo y no se puedan afirmar su originalidad o su carácter inédito, pero ninguno de esos supuestos constituye un plagio.

En quinto lugar, no hay plagio cuando se le atribuye la paternidad de una obra a un tercero, esto es, a quien no lo es, sin apropiársela él mismo, en cuyo caso puede hablarse de una usurpación a la paternidad del autor pero no de un plagio, pues en este evento no hay nadie que se atribuya la obra ajena como propia. Desde luego, el autor puede reivindicar su derecho a ser considerado como tal (Antequera, 2010, p. 145).

Las monografías y las tesis de grado: un caso problemático

Uno de los asuntos más complejos en el ámbito universitario es el que mira con la autoría de las monografías o de las tesis de grado, puesto que, si bien dichas obras literarias (Sentencia Rad. 31403 de 2010, p. 53; DNDA, 2002) son responsabilidad del alumno y, por ende, deben ser de su autoría, las monografías y las tesis de grado suelen estar orientadas por un director, tutor o asesor, cuya aportación a la obra final, la monografía o la tesis, no puede llegar a ser tan significativa que deba considerarse coautor.

En condiciones normales, el estudiante debe ser el autor de la monografía o de la tesis, condición que adquiere por el hecho de su creación (DNDA, 2002); la obra, además, ha de ser original. Por ello, la intervención del director, tutor o asesor no puede alcanzar una intensidad tal que lo convierta en (co)autor y su papel debe limitarse a orientar (Antequera, 2010, p. 130), “a señalar parámetros o líneas de investigación que inspiren al estudiante a fin de preparar finalmente su trabajo de grado” (DNDA, 2002). El director, tutor o asesor, entonces, solo puede aportar ideas, puesto que, si se convierte en coautor, infringe la regla –académica– según la cual el estudiante ha de ser el autor del trabajo que somete a consideración para graduarse (Toller, 2011, p. 85).

Como la obra es del estudiante, el director, tutor o asesor no puede apropiarse de ella, ni total ni parcialmente, por más que sus ideas hubieran quedado desarrolladas en la monografía o en la tesis; de hacerlo, incurre en

plagio (Antequera, 2010, p. 130). Ahora bien, si el nivel de participación del director, tutor o asesor desborda ese marco, porque interviene activamente de la “concreción, materialización, ejecución y elaboración del trabajo” (Sentencia Rad. 31403 de 2010, p. 55), debe considerarse coautor o, incluso, autor principal; en tal supuesto, ello debe reconocerse así y la obra deviene colectiva o en colaboración, según el caso (DNDA, 2002), aunque asumirlo de esa forma conlleva concluir que, en realidad, el estudiante no cumplió con el requisito para obtener su grado.

Los límites a los derechos –morales– de autor en el ámbito universitario

Los derechos de autor están sometidos a algunas excepciones que permiten el uso de las obras ajenas sin autorización previa y, en varios supuestos, dichas limitaciones tienen relación directa con la actividad universitaria. Tratándose de las que pueden tener alguna relación con el plagio o, mejor, con la apropiación de obras ajenas, la más relevante de todas es, tal vez, la relativa al derecho de cita (Astudillo, 2006, p. 262).

Consagrado desde el Convenio de Berna, consiste en la facultad de utilizar –fragmentos– de obras ajenas sin que ello sea considerado un plagio, siempre que tal actividad tenga lugar en determinadas condiciones que se resumen en: primero, un uso honrado de la obra, vale decir, aquel que no interfiere con la explotación normal de la obra ni causa un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor, como cuando las citas son muchas –excesivas– y seguidas; segundo, el reconocimiento de la paternidad de otro sobre el fragmento empleado y la indicación de la fuente, lo cual se hace mediante cualquiera de las formas reconocidas de citación; tercero, en la medida justificada por el fin perseguido (artículos 3 y 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 31 de la Ley 23 de 1982, respectivamente); y, cuarto, respetando la integridad de la obra (Alfaro & De Juan, 2014, p. 12; Antequera, 2010, pp. 138-139).

También están excepcionados del régimen general de derechos de autor las anotaciones que se hacen de las conferencias o de las lecciones impartidas en los establecimientos de enseñanza superior por parte de aquellos a quienes están dirigidas, sin que ello implique, desde luego, que se permita su publicación o reproducción no autorizada (art. 40 de la Ley 23 de 1982).

Conclusiones

El plagio es una de las conductas académicas deshonestas que, en Colombia, desbordan el ámbito de lo estrictamente universitario y pueden generar consecuencias penales. Las dificultades para su sanción penal estriban, no tanto en determinar por qué se considera dañoso (es un proceder antiético y deshonesto que conlleva un engaño y vulnera los derechos –morales– de autor), sino, más bien, en la delimitación de aquello que debe entenderse por plagio y en la identificación de las hipótesis penalmente relevantes.

En cuanto a su definición, el plagio se entiende como la apropiación de una obra ajena que se hace pasar como propia y, en tal medida, se trata de un comportamiento que atenta contra el derecho –moral– del creador de la obra a ser reconocido como autor de la misma. Con base en este criterio, no son constitutivos de plagio los comportamientos en los que no hay un acto de apropiación o que no recaen sobre una obra ajena.

Por cuanto mira con las hipótesis penalmente relevantes, la Corte Suprema de Justicia advirtió –en discutida jurisprudencia– que el artículo 270 C. P. colombiano sanciona, al margen de otras infracciones a los derechos morales de autor, tres grupos de comportamientos susceptibles de constituir un plagio –académico–: primero, la inscripción en el registro de la obra plagiada (270.2); segundo, la divulgación –total o parcial– de una obra inédita a nombre de una persona distinta de su titular (art. 270.1) y, tercero, la publicación –total o parcial– a nombre de otro de una obra ya divulgada (art. 270.1).

Acorde con esto, al derecho penal no le interesa los plagios académicos en los cuales no hay inscripción, divulgación o publicación de la obra ajena, la mera apropiación de ideas, el mal llamado ‘autoplagio’, el hecho de atribuirle la paternidad de una obra a un tercero sin su conocimiento y/o consentimiento ni, desde luego, los supuestos de plagio ‘no intencional’. Esto último, por el carácter doloso del delito.

Tampoco tienen relevancia penal las conductas amparadas por alguna de las excepciones reconocidas en esta materia, a saber: de un lado, el derecho de cita (siempre que se haga un uso honrado, se reconozca la paterni-

dad del autor sobre el fragmento utilizado, se justifique de acuerdo con el fin perseguido y se respete la integridad de la obra) y, del otro, las anotaciones de las conferencias o de las lecciones impartidas en los establecimientos de enseñanza superior hechas por quienes las escuchan (sin que puedan ser publicadas o reproducidas sin autorización).

Por último, los casos de compra y venta de trabajos o su intercambio merecen una mención especial. En efecto, aunque estas hipótesis constituyen un supuesto arquetípico de plagio, la interpretación del artículo 270.1 C. P. hecha por la Corte les quita cualquier relevancia penal, pues el numeral 1 no puede aplicarse si existe una autorización –previa y expresa– del autor de la obra y esto es, precisamente, lo que ocurre en los casos indicados: el creador de la obra, en razón del acuerdo alcanzado con el interesado, consiente –autoriza– que este último haga pasar como si fuera propia la obra encargada, comprada o intercambiada –divulgándola o publicándola–.

La mencionada en el párrafo anterior es, quizás, la consecuencia más controvertida que se deriva de la –muy– discutible interpretación extensiva que la Corte realiza del numeral 1 del artículo 270 C. P., a causa de la cual, conforme viene de apuntarse, el derecho a la paternidad de la obra se convierte, contrariando la naturaleza que se le reconoce, en un derecho renunciabile.

Bibliografía

- Adi, E. R. (2011). Las faltas éticas en el plagio: la ciencia de la educación. *In Iure*, 2, 171-176.
- Alfaro, P., & De Juan, T. (2014). El plagio académico: formar en competencias y buenas prácticas universitarias. *Ruiderae. Revista de Unidades de información*, 6, 1-20.
- Aluja, M., & Birke, A. (2004). Panorama general sobre los principios éticos aplicables a la investigación científica y la educación superior. En M. Aluja, & A. Birke (Eds.), *El papel de la ética en la investigación científica y la educación superior* (2ª ed.) (pp. 87-143). México D.F.: Academia Mexicana de Ciencias.
- Álvarez, E. (2011). *Derecho Penal español. Parte Especial* (II). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Antequera, R. (2010). El derecho de autor en el ámbito universitario. *Propiedad intelectual*, 13, 124-149.
- Arce, C. (2009). Plagio y derechos de autor. *El foro*, 10, 59-67.
- Aréchiga, H. (2004). Los aspectos éticos de la ciencia moderna. En M. Aluja, & A. Birke (Eds.), *El papel de la ética en la investigación científica y la educación superior* (2ª ed.) (pp. 41-65). México D.F.: Academia Mexicana de Ciencias; Fondo de Cultura Económica.
- Astudillo, F. (2006). El plagio intelectual. *Revista de Propiedad Intelectual*, 8-9, 242-270.
- Ayala, C. (5 de enero de 2012,). El paraíso del copie y pegue. *El Espectador*. Recuperado de: [http:// www.elespectador.com / acceso-internet / el-paraíso-del-copie-y-pegue-artículo-319658](http://www.elespectador.com/acceso-internet/el-paraíso-del-copie-y-pegue-artículo-319658)
- Bamford, J., & Sergiou, K. (2005). International students and plagiarism: an analysis of the reasons for plagiarism among international foundation students. *Investigations in university teaching and learning*, 2(2), 17-22.

- Blanco, S. (4 de abril de 2012). El presidente de Hungría anuncia su dimisión tras ser acusado de plagio. *El País*. Recuperado de: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/04/02/actualidad/1333366844_970896.html
- Bernate, F. (2012). La protección penal del derecho de autor. En R. Metke, E. León, & E. Varela (Eds.), *Propiedad intelectual. Reflexiones* (pp. 353-394). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Bernate, F., & García, M. (2011). *Derechos de autor y protección penal del derecho de autor*. Bogotá: Ibañez.
- Boix, J. (2012). *Derecho penal. Parte especial. Vol. II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Madrid: Iustel.
- Cadavid, J. (2009). Aproximación a las historia del derecho de autor: antecedentes normativos. *Revista la propiedad inmaterial*, 13, 59-104.
- Castro, C. (2011). *Manual de derecho penal parte especial. Tomo II*. Bogotá: Temis
- Cavanillas, S. (2008). El ciberplagio en la normativa universitaria. *Digitum. Las humanidades en la era digital*, 10, 1-6.
- Cobo, M. (2005). *Derecho penal español. Parte especial* (2ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Clapham, P. (2005). Publish or perish. *BioScience*, 55(5), 390-391.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 09 de septiembre 1886, Berna.
- Comas, R., & Sureda, J. (2008). El intercambio y compra-venta de trabajos académicos a través de internet. *Edutec. Revista Electrónica de Tecnología Educativa*, 26, 1-16.

- Comas, R., Sureda, J., & Oliver, M. (2011). Prácticas de citación y plagio académico en la elaboración textual del alumnado universitario. *Teoría de la Educación: Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, 12(1), 359-385.
- Comas, R., Sureda, J., Casero, A., y Morey, M. (2011). La integridad académica entre el alumnado universitario español. *Estudios pedagógicos*, 37(1), 207-225.
- Córdoba, J., & García, M. (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons.
- Dawson, J. (2004). Plagiarism: what's really going on? *TL Forum (2004). Seeking Educational Excellence. Proceedings of the 13th Annual Teaching Learning Forum, 9-10 February 2004*.
- Decisión Andina 351 de 1993. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos de 17 de diciembre de 1993. Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=83&tipo=TE&title=propiedad-intelectual>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Decreto 460 de 1995. Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal. Diario Oficial núm. 41.768. Presidencia de la República de Colombia.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor [DNDA]. (2002). Circular No. 06 del 15 de abril de 2002. Colombia. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/287765/Circular+06+de+2002/0a120193-efb6-4c9f-996c-48e9bf59565e>
- Dirección Nacional de Derechos de Autor [DNDA]. (2006). Concepto 2-2006-9790. Colombia. Recuperado de: http://200.91.225.128/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2006-9790.pdf
- Dirección Nacional de Derechos Autor [DNDA]. (2007). Concepto del 16-11.Colombia.

- Dionne, E. J. (17 de septiembre de 1987). Biden Admits Plagiarism in School But Says It Was Not 'Malevolent'. *The New York Times*. Recuperado de: <http://www.nytimes.com/1987/09/18/us/biden-admits-plagiarism-in-school-but-says-it-was-not-malevolent.html>
- Dordoy, A. (2002). Cheating and plagiarism: student and staff perceptions at Northumbria. *Northumbria Conference Educating for the future*.
- El País. (10 de abril de 2014). El ministro de Cooperación alemán, acusado de plagiar su tesis doctoral. Recuperado de: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/04/10/actualidad/1397141438_648808.html
- Gaviria, V. (2011) Delitos contra los derechos de autor. En *Lecciones de Derecho Penal parte especial* (pp. 569-620). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hirsch, A. (2012). Conductas no éticas en el ámbito universitario. *Perfiles educativos*, 34, 142-152.
- Kleschick, W. A., Lubetkin, S., Oliver, G. R., Hutchins, S. H., & Peterson, R. K. (2000). Publish or perish: a business and professional argument for private-sector scientists to publish in refereed journals. *American Entomologist*, 47(2), 69-72.
- Leiner, M. (2008). La amenaza del plagio en el ámbito académico. *Cultura científica y tecnológica*, 25, 16-27.
- Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. Diario oficial núm. 35949. Congreso de la República de Colombia.
- El Tiempo. (03 de abril de 2010). Libros que 23 notarios presentaron para ganar puntos en el concurso notarial son tesis plagiadas. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7527448>.
- Lipszyc, D. (2006). *Derechos de autor y derechos conexos*. Argentina: UNESCO.
- Martínez-Buján, C. (2011). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- McCabe, D. L., & Klebe, L. (1993). Academic dishonesty: honor codes and other contextual influences. *The journal of higher education*, 64(5), 522-539.
- Morillas, L. (2011). *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Oxford Dictionaries. (s.f.). Oxford Dictionaries. Language matters. Recuperado de: <http://www.oxforddictionaries.com/es/>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Park, C. (2003). In other (people's) words: plagiarism by university students - literature and lessons'. *Assessment & Evaluation in higher education*, 28(5), 471-488.
- Pastor, C. A. (2009). La facultad de ciencias contables de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos ante el ciber-plagio. *Quipukamayoc. Revista de la facultad de ciencias contables*, 16(32), 105-115.
- Posner, R. (2013). *El pequeño libro del plagio*. Madrid: El hombre del tres.
- Quintero, G., Morales, F., Tamarit, J., & García, R. (2008). *Comentarios al Código Penal*. Tomo II (5ª ed.). Navarra: Thomson Aranzadi.
- Quintero, G. (2011). *Comentarios al Código Penal español*. Tomo II. (9ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi – Thomson Reuters.
- Real Academia Española [RAE]. (2014). Diccionario de la Lengua Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=TIZy4Xb>
- Renard, L. (1999-2000). Cut and paste 101: plagiarism and the net. *Educational Leadership*, 38-42.
- Rengifo, E. (1997). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor* (2ª ed.). Bogotá: Universidad externado.

- Sánchez, M., & Fernández, R. (s.f.). *Tipología de conductas académicas censurables*. Puebla: UDLA.
- Sentencia T-941A de 2011. Acción de Tutela. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Corte Constitucional.
- Sentencia C-276 de 1996. Acción de inconstitucionalidad. M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez. Corte Constitucional.
- Sentencia Proceso 139-IP2003. (2004, marzo 17). Solicitud de interpretación prejudicial de los artículos 1, 4 literal a), 8, 11 literales a), b), c), 52, 54, 55 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Sentencia Rad. 31403 de (2010, mayo 28). M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Shamoo, A. E., & Resnik, D. B. (2009). *Responsible conduct of research*. Oxford: Oxford University Press.
- Silva, D., Llanes, R., & Rodríguez, A. (2008). Manifestaciones impropias en la publicación científica. *Cultura científica y tecnológica*, 25, 5-15.
- Silva, J. M., & Pastor, N. (2011) *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley.
- Suárez-Mira, C. (2008). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. (5ª ed.) Pamplona: Thomson Civitas.
- Sureda, J., Comas, R., & Morey, M. (2009). Las causas del plagio académico entre el alumnado universitario según el profesorado. *Revista Iberoamericana de Educación*, 50, 197-220.
- The New York Times. (10 de Octubre de 1991). Boston U. Panel Finds Plagiarism by Dr. King. Recuperado de: <http://www.nytimes.com/1991/10/11/us/boston-u-panel-finds-plagiarism-by-dr-king.html>
- Toller, F. M. (2011). Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales. *La propiedad inmaterial*, 15, 85-97.

Underwood, J., & Szabo, A. (2003). Academic offences and e-learning: individual propensities in cheating. *British Journal of Educational Technology*, 34(4), 467-477.

Vives, T. S. *et al.* (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

La política criminal internacional en materia de lavado de activos y su desarrollo en Colombia*

Renato Vargas Lozano**

Resumen

En el trabajo se precisan las líneas generales que orientan las políticas criminales nacional e internacional en materia de lavado de activos, se identifican sus características principales, se exponen críticamente sus problemas más significativos y se concreta el alcance de los distintos comportamientos típicos cuya incriminación se propone, dedicando especial atención a la evolución experimentada por el tipo penal respectivo en Colombia y, por supuesto, a las conductas sancionadas al hilo del artículo 323 del Código Penal.

Palabras clave

Lavado de activos, blanqueo de capitales, política criminal, expansión del derecho penal, derecho penal.

* El presente trabajo se enmarca dentro del programa de investigación: Derecho penal, parte especial y legislaciones complementarias. Fase II: la tutela penal del patrimonio, liderado por el profesor Fernando Velásquez Velásquez.

** Docente de Derecho penal en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Coordinador del semillero de investigación “Problemas actuales del derecho penal” e investigador del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas ‘Emiro Sandoval Huertas’. Abogado en ejercicio. Correos electrónicos: renato.vargas@usa.edu.co; renato.vargas@alvarovargasabogados.com

Introducción

En la actualidad, el lavado de activos es uno de los delitos que mayor atención recibe por parte de las autoridades y, además, constituye un ejemplo paradigmático de la forma, tan particular como intensa, en que los ordenamientos nacionales e internacionales se interrelacionan a propósito del ‘moderno’ derecho penal.

En esta materia, es innegable la forma en que la política –criminal– internacional, y la abundante normativa que de ella se deriva –incluso el *soft law*–, condicionan la producción y la interpretación del derecho –penal– interno; precisamente por ello, y a pesar de la proliferación de disposiciones e instrumentos internacionales sobre el tema, el nivel de armonización alcanzado por los derechos nacionales sobre el particular es sorprendente y refleja la consolidación de una especie de política criminal internacional, orientada, por un lado, a desincentivar a los delincuentes, demostrando que ‘el crimen no paga’, y, por el otro, a impedir la reinversión de los recursos ilícitos en la realización de nuevos delitos.

Colombia no ha sido ajena a dicho escenario y, de hecho, la introducción del delito de lavado de activos, aunque inicialmente no bajo ese nombre, fue consecuencia de la suscripción y posterior incorporación de la Convención de Viena de 1988 al derecho interno. A partir de entonces, el delito comentado ha sufrido varias modificaciones, casi todas motivadas por los cambios experimentados en la legislación internacional, que han estado orientadas en tres direcciones básicas: la agravación de las penas, el aumento de los delitos fuente y la inclusión de nuevos verbos rectores.

Como consecuencia de este proceso de transformación permanente, la norma actual se revela compleja y sugiere diversos problemas teóricos y prácticos; por esto, el presente escrito responde al propósito de analizar los lineamientos político criminales internacionales y nacionales que inspiran la ‘lucha’ contra el lavado de activos en dichos ámbitos, para, al hilo de ello, precisar sus características principales, exponer críticamente sus problemas más significativos y concretar, hasta donde ello es posible en el espacio destinado a estas reflexiones, el alcance de los comportamientos típicos. Así, el texto se dedica, primero, a identificar las líneas generales de la política

criminal internacional sobre la materia, aclarando sus orígenes, cometidos y alcances, con especial referencia a los comportamientos cuya criminalización se propone; en segundo término, se enfoca en la regulación nacional colombiana, explicando la evolución experimentada por el tipo penal patrio y señalando sus notas más relevantes. Al final, se deja constancia de las conclusiones generales, al igual que de las fuentes citadas a lo largo del escrito.

La política criminal internacional en materia de lavado de activos

Sus líneas generales

El interés despertado por el lavado de activos en el concierto internacional a lo largo de los últimos 25-30 años es evidente y ello se ha materializado en la puesta en marcha de una estrategia preponderantemente preventiva, dirigida a realizar la doble finalidad de disuadir a los eventuales delincuentes de violar la ley y de evitar la reinversión de las ganancias ilícitas en ulteriores actividades criminales, en especial, tratándose de ciertas formas de criminalidad como la ‘organizada’ (Núñez, 2009). El que esta política, en absoluto novedosa, se enfoque en los bienes y, concretamente, en los aspectos patrimonial y financiero (Albrecht, 2001, pp. 36 y ss.), resulta consecuente con la fenomenología del blanqueo de capitales y de los delitos a los cuales está asociado este último, pues la captura y posterior judicialización de sus respectivos autores resulta ineficaz, merced a su carácter fungible dentro de las organizaciones delincuenciales dedicadas a realizarlos (Manso, 2011, pp. 306-307).

En desarrollo de la política referida, para la cual la extinción del dominio, el (de) comiso de los bienes y la sanción de las actividades dirigidas a su normalización constituyen sus pilares esenciales (Quintero, 2010), un variado grupo de organismos internacionales ha producido una ingente cantidad de instrumentos, buena parte de los cuales tiene fuerza vinculante, mientras que otros hacen parte del llamado *soft law*. La importancia de los primeros está relacionada con las modificaciones al ordenamiento penal interno que han originado, debido a su carácter obligatorio, y, en el caso de los segundos, su trascendencia estriba en que, potenciados por fuertes *lobbies* y por la opinión pública (Vogel, 2005, p. 118), influyen de

modo notorio en el diseño de las políticas antilavado internas, así como en la interpretación posterior de las disposiciones respectivas.

A modo de referencia, y sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse los siguientes documentos entre los más relevantes en esta materia: las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (1980); la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena (1988); la Declaración de Principios de Basilea (1989); el Convenio sobre Blanqueo, Detención, Embargo y Confiscación de Productos del Delito (1990); la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (1991); la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada (1994); la Conferencia internacional sobre la prevención y la represión del blanqueo del dinero y el producto del delito (1994); el Modelo de legislación sobre blanqueo de activos y decomiso de drogas (1995); la Declaración de principios y Plan de Acción de Buenos Aires (1995); el Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Segunda Cumbre de las Américas (1998); la Declaración Política y el Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero (1998); las leyes modelo sobre Blanqueo, decomiso y cooperación internacional en lo relativo al producto del delito (1999) y sobre el blanqueo de dinero y los productos del delito (2000); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000); la Declaración del Plan de Acción III Cumbre de las Américas (2001); las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) con sus revisiones de 1990, 1996, 2003 y 2012 o, en fin, las Recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el abuso de las drogas (CICAD).

Sin duda alguna, la globalización financiera –acompañada de la libre circulación de capitales– y los avances tecnológicos que la permiten, potencian el carácter transnacional de esta forma de criminalidad (Arias, 2011, pp. 37-38; De la Cuesta, 2006, p. 6; Faraldo, 2014, p. 43). Y es que, en efecto, para legalizar los activos, es preciso, de modo habitual, realizar operaciones internacionales (Abel, 2002, pp. 42-44), pues el traslado de los capitales al exterior cumple los propósitos fundamentales de alejar los bienes de su origen ilícito y dificultar a las autoridades nacionales su persecución.

Atendido lo anterior, no resulta extraño que el blanqueo de capitales hubiera adquirido la connotación de un problema global, que, debido a su gravedad, necesita una respuesta conjunta por parte de la comunidad internacional (Abel, 2002, p. 56; Martínez-Buján, 2004) y, en este mismo sentido, no parece sensato objetar la necesidad de sincronizar el mayor número posible de ordenamientos nacionales (Vogel, 2005, p. 121), para, en este caso, cerrar el paso a los delincuentes y, sobre todo, a sus capitales mal habidos.

Tal es, precisamente, el principal efecto que puede atribuirse a la normatividad enlistada con anterioridad: el del lavado de activos es, en verdad, uno de los temas que refleja con especial fuerza la influencia del derecho internacional en los ordenamientos jurídicos nacionales, conforme se desprende de la armonización notable de estos últimos por causa de aquél (Albrecht, 2001, p. 48; Ambos, 2011, pp. 11 y ss.; Faraldo, 2014, p. 43; Manso, 2011, p. 314), aunque con cierto predominio del modelo estadounidense (Nieto, 2007, p. 130; Vogel, 2005, p. 118). Tal homogeneización no sugiere necesariamente una declaración de incapacidad por parte de los diferentes países, pero sí constituye el reconocimiento, cuando menos tácito, de la conveniencia de articular una respuesta conjunta orientada a minimizar el número de estados reticentes a su sanción, dado que la existencia de este tipo de ‘puertos seguros’ haría inútiles los esfuerzos de los demás miembros de la comunidad internacional (Vogel, 2005, pp. 118-119).

La legislación internacional, además de reducir las dificultades para la persecución de estas formas de criminalidad, como consecuencia de la fijación de un marco normativo común y más o menos estandarizado (De la Cuesta, 2006, p. 6), también se destaca por su contribución en punto de la implementación de nuevas y mejores herramientas de cooperación internacional, que, por supuesto, no se limitan a la tradicional fórmula de la extradición.

Sin embargo, esta intensa actividad internacional también produce consecuencias negativas, entre las cuales se destacan, fundamentalmente, cuatro: en primer lugar, la relativa a la coexistencia de un número plural de disposiciones, de diversos rangos, procedencias o fuerza vinculante, que integran la llamada por algún autor ‘interlegalidad’, y cuya peculiaridad

estriba en que multiplica los presupuestos que deben atenderse a la hora de aplicar las normas (Vogel, 2005, pp. 117-120). Este aumento de la cantidad de preceptos a considerar condiciona la creación o la modificación de las disposiciones nacionales y, por supuesto, dificulta enormemente su interpretación.

Al hilo de lo anterior, y en segundo lugar, debe mencionarse lo relativo al déficit de legitimidad democrática connatural a una regulación –para el caso la relativa al lavado de activos– que viene impuesta por los organismos internacionales a los estados nacionales. Es cierto que dichas normas son, casi siempre, consecuencia de un consenso entre los estados que las aprueban, pero ese acuerdo entre los actores del orden internacional no supe la discusión democrática interna de las normas penales, mucho menos cuando su introducción a los ordenamientos nacionales se produce con base en *soft law* que ni siquiera goza de carácter vinculante. Lo dicho, además de evidenciar la crisis que atraviesa el estado nacional en el contexto globalizado, refleja la pérdida de importancia de la legislación penal y de la política criminal nacionales en ese nuevo escenario (Vogel, 2005, pp. 117-119).

En tercer lugar, la necesidad de ofrecer una respuesta global que impida a los delincuentes obtener refugio viene asociada a la extensión de la jurisdicción de cada Estado, que se considera facultado para aplicar las normas internas más allá de sus fronteras. Dado que las disposiciones nacionales están bastante uniformadas, lo apuntado no debería suscitar mayores dificultades; empero, el problema no radica en el contenido de las normas –que, en todo caso, sí pueden llegar a tener diferencias significativas–, sino, sobre todo, en punto de la determinación de cuál es la ley aplicable cuando dos o más estados tienen interés en un mismo hecho o del alcance de la prohibición del *non bis in idem*, si un mismo supuesto termina siendo objeto de consideración por las autoridades de diferentes naciones (Vogel, 2005, p. 121).

Finalmente, en cuarto lugar, el derecho penal derivado de esta política criminal internacional, propia de la globalización, no deja de ser problemático en clave dogmática, pues la intervención penal se corresponde con un pretendido derecho penal ‘moderno’ que se contrapone al llamado ‘clásico’ o ‘tradicional’ (Vogel, 2005, p. 119), y que, por ende, choca con el sistema

de principios penales del derecho interno de los estados, tributario, las más de las veces, del modelo de garantías liberal.

Semejante consecuencia está ligada directamente a la pretensión de generalidad que acompaña a las disposiciones internacionales y, en alguna medida, a la marcada influencia del modelo estadounidense de intervención penal; como consecuencia de ello, las normas internacionales no pueden reconocer –y mucho menos resolver– la totalidad de las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos nacionales, en puntos tales como la sanción de actos preparatorios o, de modo más general, de comportamientos que apenas sí producen un peligro abstracto para el bien jurídico penal tutelado o de las conductas que son equívocas, al tiempo que refunde las formas de autoría y de participación y equipara los actos de conspiración, de tentativa o de consumación (Nieto, 2007, pp. 130-131). Como resultado de ello, se produce una obvia tensión entre la propuesta internacional y varios principios nacionales, tales como los de tipicidad –legalidad–, lesividad y proporcionalidad.

Los comportamientos relevantes

Con anterioridad se advirtió que la estrategia de lucha contra la normalización de los activos ilícitos goza de un carácter en esencia preventivo (disuadir a los delincuentes potenciales y evitar la reinversión de los capitales ilícitos), lo cual no es incompatible con la afirmación según la cual dicha normativa es, en sí misma, fundamentalmente punitiva. Lo anterior, en tanto se apuntala en la sanción penal del lavado de activos, extendiéndola a la generalidad de los actos referidos a, primero, la colocación –*placement*– u ocultación, es decir, la reducción de los bienes derivados de las actividades delictivas; segundo, el encubrimiento –*layering*–, también llamado conversión o intercalación, mediante el cual se pretende distanciar los activos de su origen ilícito y, tercero, la integración –*integration*– o reinversión, encaminada a reintroducir los activos a la economía regular (Fabián, 2007).

Conforme se verá a continuación, estos tres momentos han sido considerados por la regulación internacional a la hora de delinear el marco de lo penalmente relevante en dicho ámbito. Para comprobarlo, basta con examinar lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra el

tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Convención de Viena) de 1988, que constituye el antecedente normativo más relevante en esta materia, puesto que, por una parte, es el origen de la obligación de los estados en el sentido de tipificar el ‘aprovechamiento del producto’, entendiéndose por tal “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito” [art. 3º, literales b) y c) del numeral 1º], y, por la otra, su texto ha sido replicado por otras disposiciones internacionales (art. 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, del año 2000 –Convención de Palermo–) y por los ordenamientos internos de los diversos estados que lo han incorporado.

Teniendo a la vista las convenciones de Viena y Palermo, pueden identificarse, entonces, “tres tipos penales básicos” (Ambos, 2011, p. 14) de lavado de activos, que son, por consiguiente, el referente de los legisladores nacionales sobre estas cuestiones (Blanco, 2007): primero, la conversión o transferencia de bienes de procedencia ilegal con una determinada finalidad, cual es la de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos [artículos 3. 1. b) i) del Convenio de Viena y 6. 1. a) i) de la Convención de Palermo], sin que resulte preciso que se produzcan la ocultación o el encubrimiento efectivos.

Segundo, la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de su origen delictivo [arts. 3 1 b) ii) del Convenio de Viena y 6.1.1.ii) de la Convención de Palermo]. Y, tercero, siempre y cuando lo permitan los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico respectivo, la adquisición, la posesión o el uso de esos mismos bienes [art. 3. 1. c) i) del Convenio de Viena], sin que haga falta comprobar ninguna intención específica.

Según viene de indicarse, el elenco de las conductas con relevancia penal es muy amplio y comprende la instigación, la participación, la asociación, la confabulación, la tentativa, la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento y equipara, como es frecuente en el derecho estadounidense, los actos de conspiración, tentativa y consumación, así como la autoría y la participación (Nieto, 2007, pp. 130-131). Por ello, algunos especialistas

explican que se trata de una ‘fórmula’ omnicomprendensiva, cuyo diseño se justifica en la necesidad de evitar posibles lagunas de punibilidad (Blanco, 2007) y en la pretensión de aislar socialmente al delincuente.

Acorde con esto, puede afirmarse que el orden internacional entiende el lavado de activos, no como un resultado, sino, más bien, como un proceso; en tal virtud, propone sancionar las diferentes etapas de ese proceso, complejo y estratificado, “encaminado a dotar de apariencia de legalidad –normalizar– los bienes que proceden del delito, mediante la realización de actos u operaciones destinados a separarlos, cuanto más mejor, de su origen ilícito” (Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015, p. 61). Este entendimiento del asunto explica el interés de la comunidad internacional en castigar todos los actos, incluso los previos, dirigidos, de modo general, a la consecución del objetivo último de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes.

En cualquier caso, parece claro que las normas internacionales se refieren al lavado de activos en dos sentidos: uno estricto, el de dar apariencia de legalidad a unos bienes de origen ilícito, y, otro bastante más amplio, el relativo a la adquisición, la posesión o el uso de esos mismos bienes. Por ello, los cuestionamientos respecto de la tendencia expansiva de esta regulación están plenamente justificados (Vidales, 2012); mucho más cuando el catálogo de los delitos fuente ha aumentado de forma exponencial, dejando atrás su vínculo original con el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La política criminal colombiana en materia de lavado de activos

Sus líneas generales

Mediante la Ley 67 de 1993, que incorporó al ordenamiento nacional la Convención de Viena de 1988, quedó en firme el compromiso del gobierno colombiano de penalizar las conductas de conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que los mismos proceden de alguno de los delitos indicados en la Convención referida, o de un acto de participación en éstos, enderezado a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a las personas que participaron en su comisión a eludir las consecuencias jurídi-

cas de sus acciones. Igual ocurrió con la obligación de sancionar la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de los mismos, o de los derechos relativos a ellos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos indicados en el instrumento mencionado o de un acto de participación en él.

En cumplimiento de esa exigencia internacional, el Congreso de la República profirió la Ley 90 de 1995, cuyo artículo 31 modificó el artículo 177 del Código Penal Colombiano de la época –el Decreto 100 de 1980–, relativo a la receptación. No obstante, el hecho de haber incluido la nueva regulación al amparo del delito mencionado, provocó la inconformidad de algunos autores, pues dejaba sin castigo el llamado autoblanqueo, es decir, las actividades orientadas a la normalización de los activos procedentes de un delito previo –fuente o determinante– realizadas por el mismo autor de dicho ilícito.

Con base en tales argumentos, los promotores del Proyecto de Ley S-18 de 1996 advirtieron, conforme se lee en su exposición de motivos, sobre la transgresión al principio de proporcionalidad (porque, en algunos casos, se castigaba más severamente al autor del lavado que al del delito fuente) y, por el otro, afirmaron la necesidad de incluir en el Código Penal un tipo penal autónomo, concebido especialmente para sancionar el autoblanqueo. Este proyecto terminó convertido en la Ley 365 de 1997, cuyo artículo 9º dispuso que el Título VII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos que atentaban contra el orden económico, tendría un nuevo Capítulo Tercero, denominado “Del lavado de activos”, al cual se incorporaba el artículo 247-A, que consagraba el delito de lavado de activos como conducta punible independiente de la receptación. Desde entonces, ni su denominación ni su ubicación sistemática en el C. P. han sufrido variaciones.

Con posterioridad, la Ley 599 de 2000, normativa actualmente en vigor, incluyó el delito de lavado de activos en el art. 323, ubicado en el Capítulo V del Título X, destinado a los delitos que atentan contra el orden económico social. El Capítulo mencionado también recoge la forma agravada del delito en comentario (art. 324), la omisión de control (art. 325), la omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo (art. 325-A), la omisión de control en el

sector de la salud (325-B), el testaferrato (art. 326) y el enriquecimiento ilícito de particulares (art. 327).

No obstante, la regulación original del artículo 323 sí ha experimentado diversas variaciones, cuya nota común es la de estar orientadas, de forma general, a la ampliación de su ámbito de aplicación (incorporación de nuevos verbos rectores y delitos fuente) y al endurecimiento de la sanción correspondiente. Sin perjuicio de algunos intentos fallidos de reforma (el Decreto 4449 de 2008 fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-225 de 30 de marzo de 2009 y el Proyecto de Ley 306 de 2009 fue archivado por causa del tránsito de legislatura), la norma en comento da cuenta de un número significativo de modificaciones en un lapso relativamente corto: seis, en casi 15 años que lleva vigente el Código Penal actual.

La primera de ellas tuvo lugar por medio de la Ley 747 de 2002, que, en su artículo octavo, dispuso la incorporación al listado de delitos fuente del tráfico de migrantes y la trata de personas, que venían a sumarse a los ya existentes de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, actividades de concierto para delinquir relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

Dos años después, el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 incrementó de manera generalizada las penas para todos los delitos previstos en el C. P., aumentando el mínimo en una tercera parte y el máximo en la mitad.

Luego, el artículo 17 de la Ley 1121 de 2006 realizó una de las modificaciones más significativas al artículo 323: incorporó dos nuevos delitos fuente –la financiación del terrorismo y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas– y suprimió las actividades de concierto para delinquir relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas. En consecuencia, el concierto dejó de ser un presupuesto del tráfico de estupefacientes y se unió al grupo de delitos fuente. La pena privativa de la libertad y la multa también fueron aumentadas.

La siguiente reforma verificada al delito en comento tuvo lugar por cuenta del artículo 42 de la Ley 1453 de 2011, que incrementó, una vez más, la pena privativa de la libertad e incorporó los verbos rectores ‘almacenar’ y ‘conservar’, así como el nuevo delito fuente de tráfico de menores de edad. Poco después, en el mismo año, el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011 dispuso la agravación de las penas de una sexta parte a la mitad, cuando el delito fuere realizado por un servidor público que ejerciera como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

La última y más reciente modificación provino del artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal, que añadió los delitos fuente de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o de sus derivados. El resultado final de esta evolución lo constituye la disposición que se transcribe a continuación:

Artículo 323. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto* para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión

* La expresión subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, según el Comunicado No. 15, del 20 de abril de 2016.

de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada.

El lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero.

Las penas privativas de la libertad previstas en el presente artículo se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional.

Con la norma actual, el legislador penal colombiano se mantiene al día en lo atinente al cumplimiento de sus obligaciones internacionales y con su redacción ha evitado algunas discusiones difíciles –muy frecuentes en el derecho comparado–, como, por ejemplo, la relativa a la posibilidad de sancionar el autoblanqueo (una de las razones para escindir el lavado de activos de la receptación, recuérdese, fue precisamente esa); de la misma manera, utilizó la fórmula gramatical ‘actividades’ en lugar de ‘delito’, evadiendo así la polémica en torno al grado de certeza que debe existir en cuanto al carácter ilícito de la conducta previa que genera los recursos. También puede destacarse, finalmente, la utilización de una fórmula mixta para identificar los delitos fuente, en la que se incluyen algunas conductas punibles individuales mencionadas con nombre propio, al igual que ciertos grupos de delitos señalados de modo genérico.

En otros puntos, en cambio, el precepto examinado no sale tan bien librado de la evaluación; así ocurre, en particular, tratándose de la justificación de su incriminación y, consecuentemente, de la determinación del bien jurídico penal protegido. Respecto de lo primero, sin perjuicio de la opinión mayoritaria favorable a su criminalización, no faltan los autores que señalan dudas en torno a la legitimidad de la intervención penal en esta materia (Bajo, 2009, p. 13; Blanco, 2001, p. 17; Fabián, 1998, p. 209; Suárez, 1996; Tocora, 1993); así las cosas, el primer gran escollo tiene que

ver con que la sanción penal en estos casos no obedece tanto al carácter nocivo de los comportamientos incriminados –tema sobre el cual no se ha discutido lo suficiente–, cuanto a la generalización de la voluntad de los actores internacionales en ese sentido.

Hecha esta salvedad, es importante resaltar que el legislador colombiano no justificó su decisión de vincular el lavado de activos a la tutela del orden económico social, ni, mucho menos, explicó las razones por las cuales no se salvaguardan, de modo directo e inmediato, los bienes jurídico penales a los que se remiten los delitos previos o la administración de justicia –la recta y eficaz impartición de la misma– (Proyecto de Ley 18 de 1996, p. 8). Además, aunque la opción por el orden económico social es saludada por algunos autores (Hernández, 2002, pp. 136, 139-140), no está libre de dificultades, pues se trata de un referente demasiado amplio (Sentencia C-224 de 2009), incapaz, por ello, de cumplir con las funciones dogmáticas y, sobre todo, político criminales que se le asignan (Vargas, 2012, pp. 269 y ss.). De ahí que los especialistas suelen identificar un interés más concreto como el mercado, la libre competencia, el sistema financiero y la credibilidad en el mismo o, en fin, la pérdida generalizada de confianza en el tráfico mercantil (Aninat, Hardy & Johnston, 2002, p. 44; Blanco, 2001, p. 18; Bottke, 1998; Fabián, 2007; Faraldo, 1998; González, 2011, p. 637; Muñoz, 2010, p. 554; Organización de los Estados Americanos - CICAD, 1998).

Tampoco está claro que la sanción del autoblanqueo sea una alternativa dogmáticamente plausible, por más que su incriminación responda a razones político criminales evidentes y que tal posibilidad se hubiera incorporado a diversos ordenamientos jurídicos.

Quienes se muestran favorables a su sanción (Faraldo, 2014), argumentan, primero, que los instrumentos internacionales no se oponen a la sanción del sujeto activo del delito previo que recicla los bienes procedentes del mismo (Blanco, 2007); segundo, que la receptación no está en capacidad de satisfacer las exigencias de la regulación internacional (Quintero, 2010); tercero, que el legislador no excluyó del ámbito de aplicación del tipo penal de lavado de activos al sujeto activo del delito previo, como sí lo hizo expresamente en la receptación; cuarto, que si bien el lavado está

emparentado con la receptación, es justamente la posibilidad de sancionar el autoblanqueo lo que los diferencia (Bazzani, 2011, pp. 45-46; Muñoz, 2009, p. 159), protegiendo, además, cada uno de los delitos mencionados bienes jurídico penales diferentes; y, quinto, que las penas para el blanqueo suelen superar las de los delitos fuente (Faraldo, 2006, pp. 142-143).

No obstante, es importante advertir que los instrumentos internacionales no obligan a castigar el autoblanqueo y, de hecho, algunos de ellos prevén expresamente la posibilidad de dejarlo impune [p. ej., los arts. 23.2.e) de la Convención de Mérida y 6.2.e) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional]. A lo anterior se suma la artificialidad de los argumentos relativos a la diferencia en punto de los bienes jurídicos protegidos o de la pena correspondiente en cada caso, pues ambas cosas resultan, casi siempre, de una decisión caprichosa del legislador.

Adicionalmente, es cierto que la inclusión del autoblanqueo en el Código Penal colombiano respondió al propósito de castigar ejemplarmente al autor de ciertos delitos graves, que se aprovechaba de los bienes provenientes de los mismos, y que su separación de la receptación se justificó en aras de evitar la interdicción de castigar dos veces al autor del delito previo. Pero se obvia que esa prohibición obedece a razones dogmáticas poderosas: la sanción del autoblanqueo –o de la autoreceptación– burla la prohibición del *ne bis in idem*, convierte un concurso de leyes en concurso de delitos (el reciclaje es un acto posterior copenado), castiga el agotamiento delictivo de modo autónomo y criminaliza supuestos de autoencubrimiento, donde es inexigible otro comportamiento (Carpio, 2011; Corcoy, 2012, p. 67; Serrano-Gómez & Serrano-Maíllo, 2013, p. 563; Vidales, 2012).

Para concluir este punto, puede decirse que la inestabilidad legislativa en esta materia es preocupante y el sentido de las reformas indica una tendencia claramente expansiva que ha dado lugar a una disposición tan extensa como compleja. En algunas ocasiones, la variación en los delitos fuente responde a la necesidad –real o presunta– de honrar los compromisos internacionales, en concreto, tratándose de los delitos de tráfico de

migrantes, trata de personas, financiación del terrorismo, administración de recursos relacionados con actividades terroristas, el concierto para delinquir en general y el tráfico de menores de edad.

En otros casos, las reformas buscan responder a circunstancias propias del contexto nacional, como es el caso de la inclusión del contrabando, del contrabando de hidrocarburos o sus derivados, del fraude aduanero o del favorecimiento y la facilitación del contrabando o del favorecimiento del contrabando de hidrocarburos o de sus derivados (la Ley 1762 de 2015, en su artículo 1, declara expresamente que su objeto es el de modernizar y adecuar la normativa existente para fortalecer la lucha contra la competencia desleal). Lo mismo puede decirse del concierto para delinquir, que pasó a integrar el catálogo de delitos fuente al ser desvinculado del tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

Lo acontecido a propósito del exponencial –y desproporcionado– aumento de las penas no tiene una explicación razonable, como tampoco parece haberla para la inclusión de los verbos rectores ‘almacenar’ y ‘conservar’; en ambos casos, las modificaciones no obedecen a una reflexión político criminal seria, sino a una especie de arrebato creador del legislador que, dejándose llevar por la corriente, modificó el Código Penal, sin consideración alguna por los efectos dogmáticos de la referida incorporación.

Los comportamientos relevantes

De acuerdo con lo previsto en las diferentes disposiciones internacionales, la obligación para los estados consiste en sancionar internamente las conductas de conversión, transferencia, ocultación y encubrimiento, mientras que la conminación penal de los comportamientos relativos a adquirir, poseer y utilizar está condicionada a la conformidad de su tipificación con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico respectivo.

El legislador colombiano optó por incorporar todas las posibilidades mencionadas al derecho interno y creó un ejemplo paradigmático de tipo penal de conducta alternativa, por medio del cual sanciona, a tono con lo previsto en los instrumentos internacionales, tres grandes grupos de comportamientos: el primero, probablemente el más polémico de todos, está

integrado por las conductas de adquirir, resguardar, invertir, transportar, transformar, almacenar, conservar, custodiar o administrar bienes que tengan su origen mediato o inmediato en ciertas actividades delictivas.

Con estos verbos se describen los actos relativos a la adquisición, la posesión y la utilización que consagran las disposiciones internacionales, a condición de su compatibilidad con los principios constitucionales y los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico interno. De ahí que un número importante de las objeciones que pueden formularse a la norma colombiana dicen relación con la tensión que su inclusión provoca de cara a los principios constitucionales y a los conceptos fundamentales internos, básicamente frente los principios de legalidad, tipicidad y lesividad (artículos 6, 10, 11 y 27 C. P.), pues con ellos se adelanta excesivamente la barrera de protección penal, además de ampliarse el ámbito de lo penalmente relevante de forma exagerada, alcanzando actos que son preparatorios o equívocos y que difícilmente suponen un peligro efectivo para el orden económico social.

Tratándose de estas conductas, la doctrina internacional ha debatido intensamente –no así la nacional– sobre la sanción de acciones que pueden considerarse socialmente adecuadas, en particular, cuando no hace falta verificar –porque no lo exige el tipo penal–, una concreta intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

La pluralidad de conductas cuyo castigo queda comprendido en el tipo penal incluye la práctica totalidad de los negocios que llevan a cabo los autores de los delitos previos, sin que importen su cuantía o su finalidad; de ahí que abarquen las operaciones de cuantía relativamente insignificante y los negocios o actos destinados a satisfacer necesidades básicas o, incluso, el pago de deudas legítimamente contraídas, haciendo autores o partícipes de delito de blanqueo a quienes suministran bienes y servicios a los delincuentes. Esta ampliación del ámbito de lo penalmente relevante obedece al ánimo de aislar al delincuente (Faraldo, 2006, p. 162), pero, como puede intuirse, el cerco se estrecha tanto que las consecuencias negativas pueden alcanzar a personas que, en principio, no tendrían por qué responder y libra la suerte de los posibles responsables a la voluntad, más o menos decidida

del juez, en el sentido de traer a colación –si quiere– las teorías de la adecuación social, la prohibición de regreso, el fin objetivo de protección de la norma o el principio de proporcionalidad (Blanco, 1997, p. 273).

El segundo grupo de conductas es el consistente en dar a los bienes provenientes de determinadas actividades delictivas apariencia de legalidad o legalizarlos, con lo cual se remite a los comportamientos de conversión y transferencia previstos en los instrumentos internacionales, donde, recuérdese, suelen estar acompañados de la finalidad de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva (Ambos, 2011, p. 17), aspecto este último que, acorde con el tenor de la redacción legal colombiana, no fue tenido en cuenta por el legislador nacional.

En este punto, el problema radica en precisar si la mera exigencia del dolo (art. 22 C. P.), basta para describir y precisar de forma apropiada los comportamientos cuya incriminación se pretende, es decir, aquellos que inequívocamente constituyen blanqueo de capitales; de esta suerte, la polémica suscitada está directamente relacionada con la necesidad o no de añadir un elemento subjetivo al tipo y con la posibilidad de imputar este comportamiento a título de dolo eventual. (Cobo & Vives, 1999, pp. 397-403; Bustos & Hormazábal, 1999, pp. 72-75; Mir Puig, 2005, pp. 280-281; Orts & González, 2011, pp. 253-261).

Algunos autores entienden que las expresiones ‘intencionadamente’ y ‘a sabiendas’ reafirman el carácter intencional de los comportamientos examinados, al tiempo que excluyen la modalidad dolosa eventual (Fabián, 2011; Roxin, 2006, p. 415); sin embargo, otros especialistas han manifestado su discrepancia sobre este mismo asunto (Blanco, 2007). Naturalmente, es imposible desarrollar esta cuestión ahora, pero no puede dejar de indicarse que el desacuerdo entre los doctrinantes y la falta de sincronización entre las regulaciones nacional e internacional, en este aspecto, genera interesantes y difíciles problemas dogmáticos y, por supuesto, prácticos.

Estas conductas tampoco exigen, de forma expresa, comprobar ningún requisito de índole subjetiva diferente del dolo mismo; sin embargo, el hecho de darle apariencia de legalidad a los bienes o de legalizarlos supone realizar, sin duda, uno o varios actos encaminados a la consecución de tal

objetivo y sugiere la necesaria manifestación de un cierto propósito específico en el autor.

Por último, el tercer grupo de conductas es el consistente en ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes provenientes del delito. Este conjunto se corresponde con los comportamientos de ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de su origen delictivo, previstas en las normas internacionales.

Antes, la disposición incluía a quien realizare “cualquier otro acto”, lo cual contrariaba el principio de determinación (Ruiz, Vargas, Castillo & Cardona, 2015) y, en tal entendido, la Corte Constitucional colombiana declaró la inexequibilidad de tal expresión, pues atentaba contra “la legalidad estricta que exige la tipificación de las conductas punibles, como quiera que el legislador no puede dejar en cabeza del fiscal y del juez penal la identificación de nuevas conductas que puedan encuadrar en ese delito” (Comunicado No. 15. Corte Constitucional, abril 20 de 2016).

Para terminar, debe apuntarse que también son objeto de sanción los comportamientos de blanqueo efectuados sobre los bienes ‘sustitutos’ o ‘transformados’, pues, conforme se indicó antes, el lavado de activos supone un proceso orientado a legalizar los bienes ilícitos mediante una serie de actuaciones, como resultado de las cuales, precisamente, se sustituyen y transforman los bienes originales. Por lo mismo, la sanción del llamado ‘blanqueo en cadena’ es perfectamente compatible con la finalidad que inspira al delito examinado, en tanto las transformaciones posteriores gozan de igual o mayor relevancia que las primeras, a la hora de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes (Faraldo, 1998, pp. 133-134).

Conclusiones

La consagración del delito de lavado de activos en el ordenamiento jurídico penal colombiano responde, de forma directa, al interés de la comunidad internacional en su persecución y no tanto a un debate serio, a nivel nacional, sobre la conveniencia de su tipificación. El tipo penal actual es

producto de una estrategia de lucha contra la criminalidad, en especial la organizada y aquella que produce ganancias significativas, enfocada en la persecución de los bienes; a tono con esto, el carácter preventivo de esta política responde a los propósitos de evitar el disfrute de las ganancias que producen las actividades ilícitas y evitar su reinversión en nuevos hechos delictivos.

Sin embargo, pese a la naturaleza preventiva de la estrategia comentada, es indudable que su puesta en práctica en materia penal supone la implementación de una política criminal severa y expansiva. No otra cosa puede concluirse luego de revisar los instrumentos internacionales y la legislación colombiana, al hilo de lo cual queda claro que se trata de sancionar –con la misma pena– todas y cada una de las etapas del blanqueo entendido como proceso, lo cual equipara los actos preparatorios con los de consumación y agotamiento, así como las diferentes formas de autoría y participación. Por eso se habla, con razón, cada vez más, de un sentido amplio de lavado de activos que se opone e impone al estricto.

En su propósito de aislar al delincuente, la política criminal con que se hace frente al blanqueo de capitales ha dispuesto el adelantamiento significativo de las barreras de protección penal y ha incluido un importante número de comportamientos en el tipo, que, además de resultar equívocos, apenas generan un peligro abstracto para el orden económico social. Se precisa, entonces, delimitar el ámbito de lo penalmente relevante y, para ello, hay dos vías: la primera supone operar con las normas actuales, por lo cual el intérprete debe acudir a las teorías de la adecuación social y de la prohibición de regreso, entre otras. La segunda, por su parte, implica una intervención del legislador, en el sentido de reformar la ley y exigir –con los problemas que ello supone, por supuesto– un elemento subjetivo especial en estos casos (la intención de legalizar dichos bienes u ocultar su origen delictivo, por ejemplo), o, quizás, incluir un límite económico –una cuantía mínima tampoco es una opción libre de objeciones–, a partir del cual se entienda que el comportamiento adquiere alguna relevancia penal, excluyendo, de este modo, las situaciones insignificantes.

Adicionalmente, si bien el afán del legislador nacional en el sentido de acompañar la legislación interna con la externa ha posibilitado que la

norma respectiva se encuentre actualizada (y, en este sentido, Colombia ha cumplido cabalmente con sus obligaciones internacionales), lo cierto es que el precio ha sido alto: una legislación inestable, sometida al vaivén de la normativa internacional, que refleja una tendencia expansiva clara y que merece profundos reparos en puntos trascendentales; así, por ejemplo, lo atinente a la propia inclusión del lavado de activos en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que la selección del bien jurídico penal a cuya tutela se orienta, son asuntos respecto de los cuales no se ha debatido seriamente.

Tampoco acaba de ser satisfactoria la decisión político criminal, aunque con importantes implicaciones dogmáticas, de sancionar el autoblanqueo, pues frente a su incriminación cabe oponer cuestionamientos importantes, que tampoco han sido objeto de especial atención por parte del legislador ni de la doctrina. Acorde con lo indicado en su momento, los argumentos a favor de su tipificación son débiles y, por el contrario, los motivos para oponerse a la misma son sólidos; en este punto, como en tantos otros, el legislador patrio ha hecho gala de un desinterés preocupante por la técnica penal y ha dado la espalda a sus desarrollos.

Al hilo de lo anterior, no extraña que las variaciones a la legislación penal sobre el tema respondan a una mal entendida necesidad de honrar los compromisos internacionales y no a una discusión seria sobre su necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una muestra de lo dicho, evidente por lo demás, es lo acontecido al momento de proponer la escisión entre la receptación y el lavado de activos, pues ha quedado claro que la sanción del autoblanqueo no es, como se argumentó en la exposición de motivos respectiva, una exigencia de la regulación internacional.

En cuanto al desmesurado aumento de las penas, no hay, en realidad, una explicación atendible; sólo podría decirse, aunque no es consuelo, que el incremento de las penas no es un mal exclusivo de la regulación sobre lavado de activos. Por el contrario, se trata de un problema estructural del sistema penal colombiano, que tiene en el populismo punitivo una de sus principales causas.

En definitiva, el desaforado incremento de las penas y la ampliación del ámbito del tipo penal por cuenta del aumento de los verbos rectores y de los delitos fuente, reflejan una política criminal, nacional e internacional, desaforada e inconsecuente, confusa en sus fuentes, que no repara en los principios consustanciales del derecho penal característico de un estado de derecho y que responde a necesidades prácticas, sin preocuparse excesivamente por los fundamentos o las consecuencias dogmáticas. Lamentablemente, esto ya no es ninguna novedad.

Bibliografía

- Abel, M. (2002). *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- Albrecht, H. J. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero* (Ó. J. Guerrero Peralta, Trad.). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2011). *Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aninat, E., Hardy, D., & Johnston, B. R. (2002). Contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. *Finanzas & Desarrollo*, 39(3), 44-47.
- Arias, D. P. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel.
- Bajo, M. (2009). El desatinado delito de blanqueo de capitales. En M. Bajo, & S. Bacigalupo, *Política criminal y blanqueo de capitales* (pp. 11-20). Madrid: Marcial Pons.
- Bazzani, D. (2011). Del lavado de activos. En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (2ª ed.) (pp. 41-55). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco, I. (1997). Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 50, 263-292.
- Blanco, I. (2001). La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. *Eguzkilore*, (15), 1-38.
- Blanco, I. (2007). Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo.

- Bottke, W. (1998). Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, (2), 1-16.
- Bustos, J., & Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal* (Vol. II). Madrid: Trotta.
- Carpio, J. D. (2011). La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. *Revista General de Derecho Penal*, (15).
- Cobo, M., & Vives, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General* (5ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Congreso de la República de Colombia. Diario oficial núm. 44.097, julio de 2000.
- Comunicado No. 15. Corte Constitucional, abril 20 de 2016. La corte constitucional determinó que los delitos de contrabando, favorecimiento y facilitación del contrabando, fraude aduanero y lavado de activos no exceden los límites constitucionales que enmarcan el ámbito de configuración legislativa en materia penal. Inconstitucionalidad de uno de los elementos del delito de lavado de activos que desconoce el principio de legalidad y tipicidad. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2015%20comunicado%2020%20de%20abril%20de%202016.pdf>
- Convención de Palermo de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. Recuperado de: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>
- Convención de Viena de 1988. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Corcoy, M. (2012). Expansión del derecho penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, (8), 45-76.
- Cuenca, C., & Araujo, A. A. (2011). Lavado de activos y conductas afines. En *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. 2) (pp. 137-170). Bogotá: Temis - Universidad del Rosario.

- Decreto 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial núm. 35.461. Presidencia de la República de Colombia.
- De la Cuesta, J. L. (2006). Principales lineamientos político-criminales de la Asociación Internacional de Derecho Penal en un mundo globalizado. *Eguzkilore*, 5-21.
- Fabián, E. (1998). *El Delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex.
- Fabián, E. (2007). Tipologías y lógica del lavado de dinero. En *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, República Bolivariana de Venezuela y Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/pubs/Combate_Lavado_3ed.pdf
- Fabián, E. (2011). Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales. *Revista General de Derecho Penal*, (16).
- Faraldo, P. (1998). Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, (21), 117-166.
- Faraldo, P. (2006). Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal español. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los abogados y asesores fiscales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIX. Recuperado de: <file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-LosAutoresDelDelitoDeBlanqueoDeBienesEnElCodigoPen-2582623.pdf>
- Faraldo, P. (2014). Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. *Estudios penales y criminológicos*, 34, 41-79.
- González, J. J. (2011). Capítulo 28. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (X). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales. En *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial* (pp. 621-646). Madrid: Dykinson.
- Hernández, H. (2002). *El lavado de activos* (3ª ed.). Bogotá: Ibáñez.

- Ley 67 de 1993. Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988. Diario Oficial núm. 41.003. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 190 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial núm. 41878. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 365 de 1997. Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial núm. 42987. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial núm.44.097. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 747 de 2002. Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial núm. 44.872. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial núm. 44.872. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1121 de 2006. Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial núm. 46.497. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Diario Oficial núm. 48.110. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial núm. 48.128. Congreso de la República de Colombia.

- Ley 1762 de 2015. Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal. Diario Oficial núm. 49.565. Congreso de la República de Colombia.
- Manso, T. (2011). El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 305-324.
- Martínez-Buján, C. (2004). La dimensión internacional del blanqueo de dinero. *Estudios de derecho judicial*, (61), 179-270.
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (7ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz, F. (2009). Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. En *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 157-174). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial* (18ª ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (1996). *Derecho Penal. Parte General*. (2ª ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Nieto, A. (2007). ¿Americanización o europeización del Derecho Penal Económico? *Revista Penal*, (19), 120-136.
- Núñez, M. Á. (2009). Criminalidad, capital y corrupción. Orígenes delincuenciales y precisiones contemporáneas. En *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero* (pp. 263-281). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Organización de los Estados Americanos [CICAD]. (1998). *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*.
- Orts, E., & González, J. L. (2011). *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Proyecto de Ley 18 de 1996. Congreso de la República de Colombia.

- Proyecto de Ley 306 de 2009. Por la cual se modifica el artículo 4º de la Ley 42 de 1988. Congreso de la República de Colombia.
- Quintero, G. (2010). Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (12-r2). Recuperado de: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>
- Quintero, G. (2011). Capítulo XIV. De la Receptación y el Blanqueo de capitales. En *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (pp. 1004-1034). Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.
- Roxin, C. (2006). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Navarra: Thomson - Civitas.
- Ruiz, C. E. (2011). *La graduación del delito imprudente. Reflexiones sobre la necesidad de delimitación entre imprudencia leve e imprudencia grave*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz, C. E., Vargas, R., Castillo, L., & Cardona, D. E. (2015). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-225 de 2009. Revisión constitucional del Decreto 4449 de 2008 “por el cual se adiciona y modifica el Código Penal”. M.P. Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez. Corte Constitucional.
- Serrano-Gómez, A., & Serrano-Maíllo, A. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (16ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Vargas, R. (2012). A propósito de la intervención penal en el ámbito económico. En *Lecciones de Derecho Penal, Procedimiento Penal y Política Criminal* (pp. 259-289). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana - Diké.
- Vogel, J. (2005). Derecho penal y Globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (9), 113-126.

El delito de cohecho y sus manifestaciones

Fernando Velásquez Velásquez*

Resumen

El presente trabajo aborda la figura punible del cohecho en el derecho positivo en sus diversas manifestaciones; al efecto, se parte de la estructura lógica de la norma penal (que la divide en supuesto de hecho o tipo penal y sus respectivas consecuencias jurídicas), con base en lo cual se hace un estudio estrictamente dogmático de los diversos componentes de la descripción legal tanto en el plano objetivo como subjetivo y se abordan las sanciones imponibles.

Palabras clave

Código Penal, corrupción, cohecho, servidor público, negociación de la función, tipo penal y consecuencias jurídicas.

* Profesor Titular de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia; líder fundador del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas 'Emiro Sandoval Huertas', de esa casa de estudios. Este trabajo forma parte del programa de investigación que el autor adelanta al interior del citado ente. Correo electrónico: fernando.velásquez@usa.edu.co

Introducción

Dentro de los atentados contra la Administración Pública el Código Penal en el título XV, capítulo III, de la Parte Especial, se ocupa de las figuras de cohecho (artículos 405 a 407). Esta infracción, como se sabe, conlleva la entrega de dinero o dádivas a un servidor público que vende o negocia la función que detenta; por ello, dice el léxico, se trata de un “delito consistente en sobornar a un juez o a un funcionario en el ejercicio de sus funciones, o en la aceptación del soborno por parte de aquellos” (Real Academia Española, 2014, p. 564). Como es apenas obvio, estas descripciones comportamentales se inscriben en el marco de fenómeno más general que es el de la corrupción, cáncer devastador que asuela a las sociedades contemporáneas y cuya presencia se pierde en la noche de los tiempos, por lo cual no se puede entender al margen de la evolución del Estado (du Puit, 1995, p. 101); con razón, pues, cuando se habla de las manifestaciones públicas de este asunto se dice que el cohecho es el “rey por excelencia” de las mismas y “son capaces de hacer que tambalee la organización de un Estado social y democrático de Derecho” (Olaizola, 1999, pp. 31-32).

El objetivo del presente trabajo es abordar las diversas figuras de cohecho tal como aparecen concebidas por el legislador en el derecho vigente, a cuyo efecto en las páginas siguientes se abordan sus diversas modalidades: propio o pasivo, impropio, aparente y por dar u ofrecer, también llamado activo (Lombana, 2013, pp. 468 y ss.), a cuyo efecto se parte de las bases sentadas en el estudio de la parte general del derecho penal, para el caso de la teoría de la norma penal (Velásquez, 2009b, pp. 281 y ss.; Velásquez, 2014, pp. 139 y ss.).

El cohecho propio (pasivo)

La figura se halla recogida, conjuntamente con la sanción imponible, en el artículo 405 del Código Penal, y se le llama cohecho *propio* porque en esta conducta punible el servidor público vende la función con la promesa de realizar un acto contrario a los deberes oficiales, a cambio de una dádiva o promesa remuneratoria; por supuesto, también se le llama *pasivo* porque “el acto de recibir dinero o dádivas o aceptar promesas remuneratorias es función *pasiva*” (Arenas, 1964, p. 99).

La descripción típica

El tenor literal es como sigue: “El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales (...)”. La transcripción acabada de hacer –que es muy similar a la contenida en los artículos 141 del Código Penal de 1980 en armonía con el art. 22 de la Ley 190 de 1995 y 161 del C. P. de 1936 que, a su vez, se inspiró en el Código Zanardelli para Italia de 1889– pone en evidencia que el tipo penal examinado tiene la estructura propia de los supuestos de hecho comisivos dolosos, por lo que será dicha forma especial de aparición del hecho punible –en el ámbito de la tipicidad– la que se tenga en cuenta, a efectos de hacer una descomposición analítica de los elementos que lo integran.

El aspecto objetivo

Los elementos del supuesto de hecho, atendiendo a esta cara de la figura, son los siguientes:

En primer lugar, aparece el *sujeto activo*. De conformidad con la transcripción precedente sólo puede ser autor del comportamiento en estudio un *servidor público*, esto es, cualquiera de las personas señaladas en el artículo 20 del Código Penal: miembros de corporaciones públicas, empleados o trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, miembros de la fuerza pública, particulares que ejerzan esas funciones de forma permanente o transitoria, funcionarios y trabajadores del Banco de la República, integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana contra la corrupción, o las personas que administran los fondos a que alude el art. 336 de la Constitución.

Naturalmente, téngase en cuenta, la Ley Penal castiga en la primera hipótesis prevista en esta disposición al servidor público corrupto que recibe para sí o para otro el dinero o la utilidad –no cuando acepta la promesa remuneratoria, porque como está redactado el tipo penal las expresiones “para sí o para otro” solo son predicables de quien lleva a cabo aquella actividad, no ésta–, en cuyo caso el beneficiado puede ser él o el “otro”, trátase de una actuación directa o indirecta. Así las cosas, el “otro” del que habla el texto

tiene que ser necesariamente un tercero distinto al que da la remuneración, con lo cual se logran escalar tres sujetos intervinientes distintos: uno, el que da la remuneración que puede incurrir en una conducta típica de cohecho por dar u ofrecer (art. 407); otro: el servidor público, que al aceptar la retribución con la finalidad señalada en el tipo incurre en cohecho propio (art. 405); y el tercero, que recibe de éste último, quien –ciertamente– no puede ser autor de la conducta típica del art. 405 por no reunir la calidad exigida –aunque si la llegare a tener, por ejemplo es otro servidor público que actúa de consuno con otro u otros, debe ser tratado como coautor–, pero eso no impide que responda a título de partícipe (instigador o cómplice) cuando se den dichos supuestos.

Con razón, pues, al aludir a esta característica de la estructura típica en estudio se dice que en el cohecho, dice “son responsables, tanto el que vende la justicia, como el que la compra. El corruptor y el corrompido no son, pues, partícipes, sino sujetos activos de dos especies distintas –activa la primera y pasiva la segunda– de cohecho” (Arenas, 1964, p. 100). Por supuesto, como el sujeto activo puede realizar una cualquiera de las dos conductas típicas “directa o indirectamente”, ello significa que en el evento en que reciba la remuneración –lo cual es también predicable de la conducta de aceptar la promesa por vía indirecta– puede intervenir otra cadena de agentes que, como norma general, al no ser servidores públicos –o siéndolo, no realizan la conducta descrita en el tipo examinado– no pueden ser castigados como autores de esta modalidad de cohecho, aunque sí a título de autores o partícipes de un cohecho por dar u ofrecer.

Obviamente, queda por discutir otra situación: *la del particular que realiza con el autor la conducta de recibir la remuneración*, quien no puede ser castigado como autor por no tener la calidad exigida en el tipo. Tampoco lo puede ser como partícipe, pues no ha determinado a otro a realizar la conducta típica (instigador o determinador, al tenor del art. 30), ni ha contribuido a la realización del hecho punible o ha prestado ayuda anterior cumpliendo promesa anterior (cómplice, al tenor de los arts. 28-30 del Código Penal). Ello llevó a un sector de la doctrina, que comentó el derogado Código Penal, a plantear la impunidad en este caso, en contra de lo que otro núcleo de estudiosos y la jurisprudencia afirmaban al defender

el tratamiento del agente a título de cómplice y, en consecuencia, poner en tela de juicio el principio de legalidad (Velásquez, 1997, p. 622)¹; hoy esa discusión ha quedado en parte saldada con el texto del artículo 30 inciso final del Código Penal: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Una anotación final: el servidor público tiene que ser competente para realizar el acto indebido que se deriva de la negociación ilícita, exigencia que emana de la expresión “*acto propio del cargo*” utilizada por el legislador al aludir al elemento subjetivo del tipo; naturalmente, no se trata de una competencia en concreto sino en abstracto. Por supuesto, si el sujeto activo no es idóneo, o no es competente para actuar, o simula serlo sin tener tal investidura, etc., no empece lo cual recibe el dinero, la utilidad, o acepta la promesa remuneratoria, puede incurrir en una conducta típica distinta: estafa, usurpación de funciones públicas, simulación de investidura o cargo, etc. (Molina, 1998, p. 242).

En segundo lugar, se debe abordar el *sujeto pasivo*. En cuanto al sujeto pasivo del delito, entendiendo siempre por tal al titular del bien jurídico protegido, no cabe duda en el sentido de que es el Estado como depositario de la administración pública. Como es natural, no debe confundirse el *sujeto pasivo* con el *perjudicado*, pues muy bien puede suceder que una tercera persona distinta al Estado (Administración pública) —piénsese en la persona cuyos intereses son menoscabados con el convenio llevado a cabo entre el servidor público corrupto y el particular—, resulte afectada con la realización de la conducta, sin que por ello se convierta en titular del bien jurídico lesionado.

Así mismo, en tercer lugar, se debe examinar el *bien jurídico*. La descripción típica implica un atentado contra la Administración pública, que es el interés objeto de tutela por parte de la Ley Penal, en el marco constitucional y legal (Constitución Política, artículo 209; Ley 489 de 1998, artículo 3°); la jurisprudencia, sin embargo, entiende que se trata de un tipo penal de peligro:

¹ No obstante, ya el Proyecto de Código Penal de 1998 solucionaba parcialmente el asunto al introducir una atenuante en su art. 30 inc. 4° (Proyecto, 1998, p. 76).

Entonces, el bien jurídico tutelado tanto en el caso del cohecho impropio como el propio es la administración pública, en cuanto los atributos de transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, entre otros y que le son propios, no se vean empañados o cuestionados, por la ejecución de los actos que han sido confiados a sus servidores, por consiguiente, no se requiere que con la conducta cuestionada se hayan ocasionado efectos dañinos para la administración para que ésta merezca reproche penal, ya que lo que sanciona no es el resultado sino la puesta en peligro, el deterioro de la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad sobre la administración pública (Sentencia Rad. 20403 de 2005, Corte Suprema de Justicia –CSJ–).

Desde luego, al Estado le interesa preservar una sana gestión, evitando todo tipo de comportamientos encaminados a fomentar la corrupción y la venalidad de los servidores públicos, así como un recto ejercicio de la función pública misma, lo que es de trascendencia de cara a la imagen que deben tener de ella los ciudadanos; como ha dicho una destacada expositora, el presupuesto de normas como la que es objeto de estudio es “el correcto funcionamiento de la Administración pública... entendido como la correcta prestación de servicios que la Administración debe prestar a los ciudadanos para garantizar su desarrollo y su participación” (Olaizola, 1999, p. 111). Es más, un importante estudioso del tema al abordar el Código Penal de 1936 señaló:

El objeto jurídico de la tutela penal, en esta forma de cohecho, es doble, ya que aquí el agente del delito no solamente viola el deber general, que se predica de todos los funcionarios, de no aceptar retribución ninguna por los actos que en cumplimiento de sus deberes deben realizar, sino que también hay una violación del deber funcional en cuanto actividad de la función pública, y que, –al decir de Riccio– ha sido desviada e invertida (Bernal, 1965, p. 127).

No obstante, como lo anterior suena un poco genérico es indispensable mostrar cómo se perturba dicho bien jurídico, para lo cual es pertinente acudir de nuevo a la jurista española que se acaba de transcribir:

(...) a través de estas conductas se perturba el funcionamiento de la Administración tanto desde un punto de vista interno como desde un punto de vista externo. Desde un punto de vista interno las conductas constitu-

tivas de este delito implican que el funcionario mezcla los intereses públicos con sus intereses privados, y ello lleva a que se diluya la delimitación entre la propia Administración y su entorno, siendo dicha delimitación necesaria para que la Administración pueda prestar correctamente sus servicios. Desde un punto de vista externo, se produce una frustración de los ciudadanos que ven que la Administración no se rige por criterios de objetividad, sino por intereses particulares. Esta frustración lleva a una pérdida de confianza en la institución, confianza que es requisito necesario para que la Administración funcione (Olaizola, 1999, p. 111).

También, en cuarto lugar, al abordar el aspecto objetivo de la descripción típica se debe hacer referencia a la *conducta*. Como el tipo en examen es de conducta alternativa (Sentencia 32095 de 2010), son dos los verbos rectores que rigen la acción: *recibir* y *aceptar*, los cuales suponen una relación de carácter pluripersonal pues la realización de ambos comportamientos precisa de la presencia de dos personas: la del servidor público (*intraneus*) que recibe o acepta y la del particular (aunque excepcionalmente puede ser también un servidor público, según ya se dijo) que da o hace el ofrecimiento (*extraneus*); no se puede recibir o aceptar algo si previamente no hay un ofrecimiento. Lo acabado de expresar es de trascendencia en la medida en que, si los papeles se invierten, se puede caer en el terreno propio de la *conculsión*, esto es, la figura en virtud de la cual se castiga al servidor público que constriñe o induce al particular a dar, entregar, o prometer la remuneración (art. 404 del Código Penal).

Ahora bien, adviértase, las conductas consignadas por el legislador se pueden realizar con una de dos finalidades distintas: una, retardar u omitir un acto propio del cargo (en realidad un doble elemento subjetivo del tipo, como se desprende del empleo de los dos verbos); y otra: ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales, con lo cual queda claro que cada una de las conductas prohibidas puede asumir una doble –e incluso triple, si se tiene en cuenta lo acabado de observar– especie; en otras palabras: el legislador prevé dos conductas diferentes y cada una de ellas admite una forma dual.

Precisado lo anterior, debe indicarse que el primero de los verbos mencionados, esto es *recibir*, según enseña el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tiene –entre otras– las siguientes acepciones: “(Del

lat. *recipere*).)) tr. 1. Dicho de una persona: Tomar lo que le dan o le envían. // 2. Dicho de una persona: Hacerse cargo de lo que le dan o le envían...//7. Admitir, aceptar, aprobar algo...” (Real Academia Española, 2014b, p. 1865). Así las cosas, la conducta que el tipo penal prohíbe es la de tomar, admitir, aprobar, para sí o para otra persona, el dinero o la utilidad respectiva –obviamente, distinta al dinero, pero susceptible de ser valorada desde el punto de vista pecuniario (Ortiz, 1983, pp. 94-95)– que se le ofrece por parte de otro que, desde luego, también realiza un comportamiento penalmente castigado como ya se dijo (cohecho por dar u ofrecer). Ese actuar lo puede llevar a cabo el agente, recibiendo por sí mismo la retribución: *directamente*, como dice la ley; o lo puede hacer por vías o medios indirectos: a través de otro o de otros (lo cual incluye la intervención de personas que pueden obrar sabiendo que papel cumplen en la conducta criminal, como ya se expresó al estudiar el sujeto activo, o que son utilizadas como meros instrumentos), o utilizando medios de cualquier índole que le permitan crear una distancia entre el servidor público y el tercero que entrega la remuneración, esto es, *indirectamente* como también lo indica el supuesto de hecho legal.

En segundo verbo, esto es, *aceptar* (del lat. *acceptare*, recibir), también transitivo, significa “recibir voluntariamente o sin oposición lo que se da, ofrece o encarga. //2. Aprobar, dar por bueno, acceder a algo. //3. Recibir o dar entrada” (Real Academia Española, 2014a, p. 24), para el caso la promesa remuneratoria, que se le hace por vía directa o indirecta, en este último caso contando con la interposición de medios o de personas que alejen al autor del tercero que hace la oferta, como ya se dijo a raíz del examen de la conducta anterior.

De esta manera, pese a que gramaticalmente hablando los dos verbos rectores –que suponen la realización de conductas siempre comisivas– pueden entenderse como sinónimos, la verdad es que el legislador pretende castigar dos comportamientos bien distintos: el primero, *recibir*, que implica tomar para sí o para otro el dinero o la utilidad, momento en el cual se consuma la conducta aunque no necesariamente se agota; el segundo, *aceptar*, conlleva un adelantamiento de las barreras de protección penal del bien jurídico administración pública, pues basta con que el agente o sujeto

activo dé su asentimiento en relación con la promesa remuneratoria, así esta no se produzca, para que ya se entienda consumada la conducta.

Hechas las precisiones anteriores, está claro en ambos casos que el servidor público (*intraneus*) debe obrar con la finalidad señalada en la descripción –que no necesariamente debe lograrse–, de la que luego se hablará cuando se aborde el aspecto subjetivo del tipo examinado, atendido el pacto que ha realizado con el particular (*extraneus*) o el servidor público (si es el quien da u ofrece), gracias al cual vende el acto público a cambio de una retribución. El cohecho, pues, se castiga –y la ley penal es lo suficientemente drástica en este ámbito– porque el servidor público se corrompe prometiendo al particular (o servidor), quien también es punible aunque por la realización de otra figura tipificada en la ley penal, por la realización de un acto indebido. En otras palabras: no es concebible el cohecho sin un pacto entre el que da y el que recibe o acepta la promesa remuneratoria, y ese acuerdo ilícito comporta que el servidor público se interese en la realización de un acto indebido, a cambio de una retribución. De esta manera, queda muy claro que la esencia del cohecho radica en la negociación de la función porque sin ello no se estructura la conducta típica; al respecto es pertinente recordar lo que ha dicho la más tradicional doctrina nacional:

La verdad es que toda la esencia del cohecho está en esa especie de *pactum sceleris* celebrado entre el *extraneus* (particular) y el *intraneus* (funcionario); sin esa especie de pacto no es dable la configuración del cohecho. Si el cohecho, en su esencia, no es más que la *venta* de un acto público –tal como lo sostienen hoy todos los doctrinantes del derecho y como ya lo sostuvo Carrara hace casi un siglo– ¿cómo se puede dar ese contrato ilícito (venta) en donde no ha intervenido sino *una parte* solamente? (Bernal, 1965, p. 111, con crítica a Pacheco, 1978, pp. 167 y 177).

En quinto lugar, se debe abordar el *resultado*. Pese a que se discute si el tipo en examen se caracteriza o no por la ausencia de resultado, la verdad es que en el primer caso se exige expresamente que el servidor público reciba efectivamente el dinero o la utilidad, con lo cual es indudable que el supuesto de hecho es de resultado; por ello dice Pérez (1984) que “el dinero debe haber sido entregado al funcionario o al tercero, o aceptada la futura retribución. La fórmula «el que reciba», indica que el precio debe ser

desplazado y encontrarse ya en poder del agente, aunque este se proponga transferirlo al tercero” (p. 269). Cosa diferente ocurre en relación con la segunda conducta, que no requiere la producción de ninguna consecuencia o efecto de índole material, pues basta con la mera aceptación de la promesa remuneratoria, lo cual torna el tipo en una descripción de mera actividad (Ortiz, 1983, p. 95). No obstante, hay quienes sin hacer ese distingo entienden –y el apunte es válido también para el texto vigente– que “El cohecho pasivo *se consuma* al *recibir* la dádiva o *aceptar* la promesa, es decir, con la sola celebración del convenio. No es necesario, para la perfección del delito, que quien hace la promesa la cumpla, ni que quien la acepta ejecute el acto ofrecido, basta el simple acuerdo de voluntades para que el delito se repute consumado” (Arenas, 1964, p. 101); por ello, entonces, se afirma que esta figura no admite la tentativa (Gómez & Gómez, 2004, p. 280; Tirado, 2011, p. 272). Ese, por supuesto, no es el punto de vista que aquí se defiende.

Además, en sexto lugar, se debe abordar el *nexo de causalidad e imputación objetiva*. Igualmente, debe mediar entre la conducta de recibir el dinero o la utilidad y la efectiva recepción de la misma un nexo de causalidad, un ligamen de causa efecto, entendido éste en los términos del artículo 9° del Código Penal que –como es obvio– puede ser interpretado a la luz de las concepciones tradicionales en esta materia (teorías de la equivalencia de las condiciones, de la causalidad adecuada, de la causa relevante, etc.), o a partir de la actual postura de la imputación objetiva que, en verdad, es complementaria. Acorde con esta última es necesario que la conducta cree un riesgo o peligro para el bien jurídico, que ese riesgo o peligro se concrete en el resultado (aquí la lesión o daño para el bien jurídico); y, además, que quede comprendido dentro del alcance del tipo penal respectivo (Roxin, 1997, p. 362 y ss.; Jescheck & Weigend, 2002, pp. 295 y ss.; Velásquez, 2009b, p. 669 y ss.).

Cosa distinta ocurre con la segunda conducta acriminada que, como ya se advirtió, al no exigir resultado alguno no permite el estudio de la relación de causalidad, aunque ello no impide que se emita el necesario juicio de imputación objetiva.

También, en séptimo lugar, se expone el *objeto de la acción*. Como se debe recibir el “dinero” o la “utilidad” y ha de aceptarse la “promesa remuneratoria”, parece evidente que la doble acción final contenida en el tipo estudiado debe recaer sobre tales objetos de la conducta. Por eso, no parece aceptable afirmar que el supuesto de hecho examinado contiene un doble objeto material: uno de carácter inmediato, que es el acto indebido; y otro, de naturaleza mediata, que es el precio o la promesa remuneratoria (Molina, 1998, p. 242; Gómez, 1987, p. 80)². Y no es viable esta postura por la sencilla razón de que las dos conductas prohibidas no recaen sobre el acto indebido, pues nadie ha dicho que se “accepte” o se “reciba” el acto indebido; es más, afirmar que este último es el objeto material implicaría sostener que la conducta final plasmada en el tipo es la de retardar u omitir el acto propio del cargo, o la de ejecutar un acto contrario a los deberes, a sabiendas de que esas actividades apenas sí constituyen la finalidad especial que anima al autor cuando cohecha, que pueden llevarse o no a cabo, como parte de la acción dirigida a la consecución del resultado.

Ahora bien, como norma general, la “*otra utilidad*” a la cual alude la Ley Penal debe tener un contenido económico que puede traducirse en comportamientos valorables desde el punto de vista pecuniario, como los consistentes en regalar o donar cosas u objetos, conceder préstamos, otorgar descuentos o gabelas especiales, permitir el uso de una habitación en un lugar vacacional o un auto de lujo, etc. (Bernal, 1965, p. 73; Olaizola, 1999, pp. 305 y ss.). Así mismo, al igual que el dinero, se requiere que esa utilidad *sea indebida*, pues si el agente paga lo debido (por ejemplo, cancela los emolumentos a los árbitros que han emitido su laudo en un tribunal; o los que corresponden a una tarifa notarial; o los propios de un acto en el registro de instrumentos públicos, etc.), no incurre en la figura típica examinada. Por supuesto, cuando se retribuye más allá de lo que la ley señala

² Desde luego, si se admite que la realización del acto indebido también queda comprendida en la descripción típica no originando un concurso de figuras punibles como creen algunos –como, contradictoriamente, lo plantea el autor citado en precedencia–, lo que debería sostenerse es todo lo contrario: que el objeto inmediato es el dinero, la utilidad, o la promesa remuneratoria, y que el acto indebido es el objeto mediato. Así planteadas las cosas, no dudaríamos en suscribir el planteamiento de Molina, de lo contrario no.

se puede incurrir en cohecho, tanto por el que recibe o acepta como por el que da, pues se estaría pagando más de lo debido.

En cuanto a la *promesa remuneratoria*, debe decirse que ella comporta la expectativa encaminada a recibir cualquier bien codiciable o apetecible, esto es, debe suponer una recompensa, un halago, un premio, o un galardón, consistente en dinero, cosas o bienes valorables pecuniariamente, en la prestación de un servicio, en una contraprestación erótica, en un favor personal o en un servicio, etc.; ahora bien, la promesa tiene que ser concreta, determinada, precisa, no acudiendo a ofertas o beneficios abstractos, vagos, inasibles (Molina, 1998, p. 242). También, está claro que el dinero, la utilidad, o la promesa remuneratoria, esto es, la retribución, tienen que ser de entidad, esto es, deben tener el peso o la fuerza suficiente como para que le sirva de fundamento al servidor público a comprometerse a realizar el acto indebido, de lo contrario no podrá predicarse el cohecho, pues *no hay corrupción sin retribución* (Sentencia de la CSJ, 1979, enero 18):

Esa dádiva o promesa debe ser, por otra parte, de suficiente entidad, es decir, de tal magnitud que sirvan de móvil a la conducta o sea que haya entre ésta y aquellas una relación cuantitativa que permita equipararlas. Las dádivas o promesas de escasa significación esto es, lo que los prácticos llamaban “*munuscula*”, como en el clásico ejemplo de la canasta de frutas, aunque objetivamente puedan configurar la conducta punible de que se trata, no los acepta la doctrina moderna como cohecho a no ser que se trate de dádivas reiteradas (Reyes, 1979, pp. 42-43).

Lo anterior es producto de que la *retribución* debe contener un elemento objetivo, esto es, debe existir una relación inequívoca entre el acto indebido que se pacta y el dinero, la utilidad o la promesa remuneratoria que se acuerda por él; obviamente, en el plano subjetivo, es indispensable que la persona que da lo haga con la finalidad de hacer de la paga una auténtica retribución; por ello se afirma que

La *retribución*, según la doctrina dominante, debe contener dos elementos: uno *objetivo* y otro *subjetivo*. Subjetivamente es indispensable en *la persona que da*, la intención de hacer de la dádiva una verdadera *retribución*; mejor dicho: que lo haga con la consciencia y el propósito de pagar con ella el acto que compra. Desde el punto de vista objetivo, debe existir

una relación directa entre el acto de que se trata y el dinero o la dádiva que se paga por él (Bernal, 1965, pp. 112-113).

Lo acabado de expresar implica que es indispensable distinguir entre el *cohecho inocuo* y el *cohecho disfrazado* (Molina, 1998, p. 253). El primero, supone que el agente reciba retribuciones de poco valor o de contenido insignificante, como cuando acoge una atención producto de las normas de cortesía imperantes en el medio social; una dádiva que se entrega a título caritativo; o un presente a título de agasajo (por ejemplo, un libro) con motivo de un cumpleaños (Soler, 1978, p. 163). El segundo, por el contrario, comporta que la retribución o la promesa remuneratoria se traduzcan en atenciones de cierto relieve que están destinadas a servir de estímulo al servidor público para que profiera el acto indebido, con lo cual se cae en el terreno de lo punible; con razón, anota el Profesor Luis Carlos Pérez refiriéndose al asunto: “Hay diferencia entre el obsequio de un libro o de una botella de licor y el pago de los gastos de un largo viaje de placer realizado por el empleado o su familia, con la complacencia de aquel” (1984, p. 270).

Ahora bien, tal como está concebida la descripción típica pareciera que la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa remuneratoria tienen que ser anteriores o coetáneas a la realización del acto indebido que se pacta –que tampoco requiere realización–, con lo cual no podrían ser futuras, esto es, después de que se cumpla el acto indebido, porque en el derecho colombiano no se habría previsto en el art. 405 la figura que se conoce como *corrupción subsiguiente*, aunque sí la que se denomina como *antecedente*. La distinción en Bernal (1965, pp. 103-104), que es válida de cara al derecho vigente. No obstante, se acota:

(...) lo que tiene que ser anterior a la conducta funcional es el pacto o acuerdo; *la retribución puede ser posterior, dependiendo de que se realice uno u otro comportamiento alternativo*: cuando se presenta la recepción de la utilidad, ésta necesariamente es anterior a la actividad acordada (Cancino, 2011, p. 134).

Ello parece ser así porque el supuesto de hecho –como ya se ha insinuado y luego se verá– exige un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo de carácter plural, en cuya virtud el agente debe recibir el dinero o la utilidad, o aceptar la promesa con la finalidad de realizar el acto indebido, a cambio

de la retribución y como producto del pacto o convenio llevado a cabo con el particular, esto es, el acto que se acuerda tiene que ser de realización coetánea o posterior; de aquí se colige, entonces, que en el derecho vigente no es punible el cohecho cuando el servidor público recibe la dádiva o la promesa remuneratoria por un acto indebido que ya ha cumplido, si no ha existido acuerdo previo con la persona que da u ofrece (Bernal, 1965, pp. 101, 102 y 128)³. Por supuesto, eso no significa que la conducta del servidor público quede impune porque puede incurrir en un cohecho aparente, contemplado en el inciso 2° del art. 406, cuando “reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento”.

Igualmente, se afirma por los estudiosos que la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa remuneratoria no puede ser anterior a la investidura del servidor público, pues faltaría la concomitancia entre el disfrute de la calidad y la recepción o aceptación, que son inherentes al delito de cohecho; por eso, el agente que sin ser aún servidor público recibe la dádiva o acepta la promesa remuneratoria no puede ser sancionado acudiendo a esta figura⁴, lo cual es producto de la exigencia —ya planteada al aludir al sujeto activo— de que el servidor público sea competente; obvio es recordar-

³ Este autor se inclina por la punición del agente en este caso; y lo ratifica la discusión propia del estatuto punitivo derogado: Gómez (1987, p. 82) y Molina (1998, p. 244). En este mismo sentido la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, 1984, abril 5) al comparar la disposición vigente en 1980 con la italiana: “(...) el cohecho propio supone en nuestra legislación que la obtención del dinero o la aceptación de la promesa remuneratoria sean *coetáneas* con la finalidad —“para”— de retardar u omitir acto propio del cargo oficial o de ejecutar uno contrario a los deberes propios de aquél, pero *anteriores* al efectivo retardo, omisión o ejecución ilegal del acto oficial, si es que estos hechos llegaren a realizarse” (Corte Suprema de Justicia, 1985, p. 66).

⁴ Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (sentencia 1982, agosto 3), aunque refiriéndose a un caso de cohecho impropio: “Conviene anotar que al contralor no se le acusa de recibir dádivas al momento de hacer los nombramientos que se dice recayeron en personas amigas del doctor Marulanda, sino por haberlas recibido antes de ser Contralor, con lo cual se trata de establecer una relación de causalidad entre actuaciones en parte cobijadas por la función, pero en otra parte amparadas por ésta, relación que no es la que gobierna la estructura del delito de cohecho, pues en éste la dádiva debe tener la virtualidad de mover la voluntad del funcionario hacia la realización de un acto que está en condiciones de poder efectuar por ser de su incumbencia” (Gaceta Judicial núm. 2408, 1982, p. 482). En sentido contrario, Aclaración de voto suscrita por el Magistrado Gómez Velásquez (p. 486).

lo, esto no significa que el sujeto activo no deba responder penalmente por su actuar que, como se expresó en precedencia, puede encajar en el tipo de estafa (art. 246); o puede comportar una usurpación de funciones públicas (art. 425).

En fin, para concluir el análisis de este elemento de la descripción típica, cuando el texto legal alude al objeto material de la acción en cualquiera de sus modalidades, advierte que éste puede quedar en poder del servidor público de forma directa o indirecta, lo cual significa que no necesariamente el agente realizador de la conducta tiene que recibir o aceptar para sí, sino que puede hacerlo para otro u otros; es más, es perfectamente viable que sean otros los que reciban o acepten para él, en los términos en que ya se explicó al hablar del sujeto activo y de las conductas acriminadas.

El aspecto subjetivo

La figura en estudio contiene una doble serie de elementos subjetivos: de un lado, exige la presencia del dolo como ya dijo en un comienzo; y, del otro, requiere un plus subjetivo traducido en un doble elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. De ambos componentes se ocupa este estudio a continuación.

En cuanto al *dolo* debe señalarse que el mismo debe ser entendido en los términos del artículo 22 del Código Penal: “La conducta es dolosa cuando el agente *conoce* los hechos constitutivos de la infracción penal y *quiere* su realización”; y añade el inciso 2° de la disposición: “También será dolosa la conducta cuando *la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*” (cursivas del autor). Se prevén así el *dolo directo* (de primer o de segundo grado), esto es, como conocer y querer la realización de la conducta típica; y el *dolo eventual*, o sea, la previsión de la conducta como probable asumiendo el resultado en caso de que llegue a producirse (Velásquez, 2009b, pp. 717 y ss.; Mir Puig & Gómez, 2011, pp. 271 y ss.).

Obviamente, en tal decisión se plasma la tesis sostenida desde antaño por Bernal (1965, p. 132).

Para decirlo en otros términos: en el caso del dolo directo de primer o de segundo grado, debe establecerse mediante los medios de prueba ordinarios que el servidor público al momento de realizar la conducta, tenga conocimiento efectivo (actual o actualizable) de que recibe para sí mismo o para un tercero, el objeto sobre el cual recae la acción (dinero o utilidad), o tenga conocimiento de que acepta de una tercera persona, ser favorecido con una promesa remuneratoria. Adicionalmente, en ambos casos, se debe querer realizar la conducta respectiva, dar su asentimiento, consentirla. Sin estos dos componentes no puede hablarse de dolo directo –de primer o de segundo grado– de cohechar en los términos de los artículos 22 y 405 de la Ley Penal. Por supuesto, no se debe descartar la presencia del dolo eventual en la segunda conducta incriminada, esto es, la que toca con la aceptación de la promesa remuneratoria, porque bien puede suceder que el sujeto activo acepte como posible la realización de la conducta y deje su no producción librada al azar; por lo demás, no parece viable predicar esta modalidad de dolo en relación con la primera conducta prevista en la descripción típica, la de recibir la dádiva o utilidad, pues se trata de una actividad más propia del dolo directo.

En relación con los *elementos subjetivos del tipo distintos al dolo* (Jescheck & Weigend, 2002, pp. 339 y ss.; Mir Puig & Gómez, 2011, pp. 286 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 728 y ss.) se precisa un doble elemento subjetivo del tipo distinto al dolo, sea que el agente actúe con la finalidad de retardar u omitir un acto propio del cargo, o sea que lo lleve a cabo para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales del servidor público, tal como se desprende de la expresión “(...) para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales” que, como ya se dijo, comporta la posibilidad de realizar las dos conductas alternativas que prevé el tipo penal, con uno cualquiera de esos dos cometidos específicos. Desde luego, cuando el supuesto de hecho utiliza la preposición *para* –que siempre supone un designio determinado “denota fin o término a que se encamina una acción (...)” (Real Academia Española, 2014b, p. 1630; Ortiz, 1983, p. 95)– indica que se requiere una vinculación final entre la retribución y el acto indebido que se espera sea ejecutado, de donde se desprende que el servidor público al realizar el comportamiento corrupto lo hace motivado por la retribución que recibe o espera recibir para lo cual, a su turno, pro-

mete el acto indebido, como fruto del convenio celebrado con el particular. Por ello, afirma la más consecuente doctrina lo siguiente:

(...) debe existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, etc., y el acto que se espera ejecute, omita o retarde el funcionario. No basta, por consiguiente, que el Funcionario haya recibido la retribución del cohechador; es necesario que se haya pactado expresamente la contraprestación delictiva por parte del funcionario (Bernal, 1965, p. 128).

Así las cosas, debe precisarse el alcance de cada uno de los dos elementos subjetivos del tipo: en primer lugar, se requiere que el servidor público realice una de los dos conductas acriminadas *para retardar u omitir u acto propio de su cargo* –en verdad son dos finalidades distintas, como se desprende de la utilización de los dos verbos transcritos–, esto es, el autor debe actuar dentro de la órbita de las funciones que le han sido deferidas cuando fue investido de la función o empleo, con la finalidad susodicha. Ahora bien, el verbo *omitir* al cual se refiere el texto supone que el autor no cumpla deliberadamente con el mandato contenido en la Ley, el cual le obliga a realizar determinadas acciones para cumplir con el oficio que le ha sido asignado; mientras que el *retardar* –que también puede implicar un comportamiento omisivo– supone el cumplimiento del acto pero de manera tardía, extemporánea, por fuera de los términos, con dilación en relación con el momento u oportunidad en que debía cumplirlo.

En segundo lugar, el sujeto activo puede llevar a cabo una de las dos conductas prohibidas *para ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales*. La expresión *acto “contrario a sus deberes oficiales”* utilizada por el legislador –como dice Bernal al referirse a locución similar contenida en el art. 161 del C. P. de 1936– comprende:

todo acto que esté en contraste con las normas jurídicas o con las instrucciones del servicio, como también con el uso del poder discrecional; es decir, con un uso que no se inspire en la parcialidad e injusticia o no corresponda al fin para el cual ha sido conferido tal poder (Bernal, 1965, p. 131).

Como es apenas natural, el acto debe ser contrario a los deberes oficiales porque no es admisible la configuración del cohecho propio –lo cual

no descarta la realización de otra conducta típica distinta, como la prevista en el inciso 1° del artículo 406 o la consignada en el art. 411, si además se reúnen esas exigencias típicas— cuando se da una dádiva para que el agente cumpla un acto propio de esos deberes oficiales; afirmar lo contrario es desnaturalizar la estructura del tipo y darle un alcance que nunca ha tenido ni puede tener. Desde luego, si el autor después de recibir la dádiva o aceptar la promesa remuneratoria omite o retarda un acto propio del cargo, o ejecuta uno contrario a sus deberes oficiales, meta que formaba parte del convenio inicial, cabe interrogarse en torno a si ese actuar es constitutivo o no de una conducta punible independiente susceptible de encajarse en otro tipo penal, para originar o no una hipótesis de concurso, sea material o sea ideal. Así, por ejemplo, cabría preguntar: ¿La omisión en el cumplimiento de un acto propio del cargo podría considerarse como un prevaricato por acción (cfr. art. 413) —lo que también acontecería con el retardo—, o podría ser un abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417), o constituir como una omisión de apoyo (art. 424) —que también cobija al retardo—; y, para continuar con los casos que pueden presentarse: ¿La realización del acto contrario a los deberes oficiales, es constitutiva de una nueva figura de prevaricato por acción o de un abuso de autoridad?

La respuesta a dichos interrogantes depende, desde luego, del *concepto de acción* que se asuma (Jescheck & Weigend, 2002, pp. 232 y ss.; Velásquez, 2009b, pp. 599 y ss.), sea que se opte por una concepción causalista clásica, para la cual es acción toda inervación muscular o ausencia de la misma; o una postura neoclásica, que entiende el actuar humano como la realización de un comportamiento que produce un resultado en el mundo exterior. O, que se defienda un concepto final de acción, entendida ésta como ejercicio de actividad final; o, incluso, una noción social para lo cual lo definitivo es la relevancia social del comportamiento. O, en fin, una concepción personal para la cual equivale a la expresión de una personalidad, al estilo de lo planteado por Roxin (1997, p. 252), etc.

Por eso, no es de extrañar que a la hora de discutir el tema los autores asuman posturas diversas: así, por ejemplo, existen quienes plantean en este caso la existencia de un concurso material, porque entienden que hay varias conductas causalmente explicadas que concurren materialmente (Ortiz, 1983, pp. 95-96; Molina, 1998, p. 248). Otros expositores, que parten de

una concepción causalista avanzada, como por ejemplo Bernal niegan la posibilidad del concurso con argumentos convincentes que es bueno transcribir, y examinan de paso —a título de ejemplo— la posibilidad de que concurran el cohecho y el abuso de autoridad por omisión de denuncia desde la perspectiva del Código de 1936:

(...) no estamos plenamente convencidos de la tesis del concurso material de delitos, porque en la hipótesis de la omisión, por ejemplo, de denuncia (art. 174), si el funcionario ha recibido una retribución para omitir el cumplimiento de ese deber, creemos que se trata de un mismo hecho; es decir, el cohecho se estructura por la recepción del dinero o dádiva y por el compromiso de la omisión o del retardo; y luego, al examinar la conducta del delito del art. 174, volvemos a encontrarnos con una conducta igual, o sea la omisión de denuncia que es la que consume la infracción. Por ello, nos parece, que la misma conducta se atribuye dos veces al agente: una, en la forma de omisión retribuida (cohecho), y otra, en la forma de incumplimiento de un deber legal (omisión de denuncia); con lo cual, creemos, se peca contra el principio *ne bis in idem*: un mismo hecho no puede tener dos consecuencias jurídicas; o más claramente: no se le puede atribuir dos veces un mismo hecho al agente (Bernal, 1965, p. 130).

Obviamente, para sentar una posición clara al respecto se debe concluir lo siguiente: *la conducta realizada por el agente es una sola desde el punto de vista jurídico penal*, porque el contenido de la voluntad está dirigido a la consecución de la remuneración, esa es su finalidad, el cometido del autor no es realizar el acto indebido, lo que él persigue cuando se corrompe es el lucro personal. La realización del acto indebido termina, pues, convirtiéndose en un auténtico medio comisivo de la conducta finalmente dirigida a la meta ya indicada; incluso, ese comportamiento tiene una evidente relevancia social. Así las cosas, como la idea de fin —tal cual lo concibió ya Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* (Libro I) y lo hace el Código Penal vigente, cuando en los artículos 22, 23 y 24 afirma que el dolo, culpa y preterintención son formas de conducta— preside el concepto de acción, todos los episodios marcados o animados por esa finalidad —así, incluso, puedan ser escindidos desde el punto de vista fenomenológico— quedan amparados dentro de una única acción final (recibir la remuneración o aceptar la promesa remuneratoria, y realizar el acto indebido), para el caso la de cohechar. Desde este

punto de vista, da lo mismo si el agente cumple o no con lo pactado, pues en ambos casos realiza el tipo penal que –no se olvide– *castiga la retribución porque hay corrupción*.

Por supuesto, lo anterior descarta la posibilidad del concurso –que no podría ser material sino ideal, dado que la conducta es una sola–, pues para que el actuar del agente pudiera ser doblemente típico se requeriría que estuviese desvalorado dos veces por la ley penal (caso del concurso ideal), o que se llevaran a cabo de manera independiente –mediante actuares separados– todos y cada uno de los elementos de los correspondientes tipos penales, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, cosa que no sucede en el problema planteado, y que sólo podría tener lugar en situaciones muy excepcionales.

Igual solución debe darse a aquellos eventos en los cuales los elementos de las dos figuras en discusión no se configuran de manera autónoma, porque la misma conducta es recogida por ambos, el bien jurídico protegido en concreto es el mismo, o cuando hay equivalencia de sujeto pasivo. En estos casos no puede hablarse de concurso de tipos penales ni material ni ideal, pues lo que hay es una concurrencia aparente de supuestos de hecho, que se debe solucionar acudiendo a los principios imperantes en esta materia. Lo anterior, *verbi gratia*, es lo que sucede entre el tipo de cohecho examinado y el de interés ilícito en la celebración de contratos (art. 408).

En fin, para culminar el análisis de éste tópico, no debe perderse de vista que el hipotético concurso no necesariamente se debe resolver dando aplicación al tipo de cohecho en relación con el otro tipo o tipos, pues bien puede suceder que sean ese otro u otros los que desplacen la figura de cohecho lo cual dependerá, como es obvio, de la forma como tal problema se resuelva a partir de los principios vigentes en dicho ámbito. Es más, lo anterior tampoco significa que se deba descartar absolutamente de plano la concurrencia en casos como estos, lo cual dependerá de la situación concreta y de la manera de aplicar los principios correspondientes, en atención a las exigencias típicas concretas.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la conducta realizada por el autor debe estar finalmente dirigida a la consecución de una de esas metas

que *sólo pueden ser de realización futura*: “el servidor público recibe o acepta para retardar, omitir o ejecutar un acto, no por haberlo retardado, omitido o ejecutado” (Peña, 1995, p. 165), como ya se indicó al estudiar el objeto material; advirtiéndose, se repite de nuevo, que el servidor público debe ser competente para realizar el acto indebido que se deriva de la negociación de su función, y que la ilegitimidad del acto se debe juzgar al momento de la realización de la conducta, no con posterioridad.

Obvio es decirlo, si el agente promete la realización de un acto indebido que no es propio de su cargo, pero sí de la esfera de otro servidor público, la conducta no encajará en la descripción típica examinada, pero podrá ser típica de tráfico de influencias (cfr. art. 411 del Código Penal). Para culminar, adviértase que la constatación de este plus subjetivo es de trascendental importancia, en la medida en que si no se configura en el caso concreto no puede emitirse el juicio de tipicidad respectivo; se requiere, entonces, la verificación de ambos componentes: el dolo y el elemento subjetivo del tipo.

Las consecuencias jurídicas

Según se desprende del tenor del texto legal, la pena imponible es compuesta: “(...) incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”. Estas sanciones fueron incrementadas por el art. 14 de la Ley 890 de 2004, así: la prisión de 80 a 144 meses; la multa de sesenta y seis con sesenta y seis (66,66) a ciento cincuenta (150) SMLMV; y, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses. Esta última pena, añádase, aparece como principal y no se puede imponer a título de accesoria acorde con lo señalado por el art. 52 del estatuto punitivo.

Una modalidad especial

También el legislador ha previsto una figura particular de cohecho propio que se presenta cuando el sujeto activo de la conducta es un servidor público que actúa como funcionario al servicio de alguno de los órganos de control del Estado (Procuraduría, Contraloría, Defensoría del Pueblo, etc.,

al tenor de lo señalado en los artículos 117-119 de la Constitución Política); en estos casos, como es obvio, los elementos de la descripción típica son los mismos hasta aquí examinados aunque con la diferencia de que el sujeto activo solo puede ser el indicado (un verdadero tipo de sujeto activo calificado, con calificación muy especial), no así las consecuencias jurídicas que sufren un incremento habida cuenta de que se trata de una norma penal que contiene un tipo circunstanciado agravado. Esta previsión se infiere con claridad de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 1474 de 2011, que adicionó un nuevo inciso al art. 405 del C. P.:

Circunstancias de agravación punitiva. Los tipos penales de que tratan los artículos: 246, 250 numeral 3, 323, 397, 404, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433 de la Ley 599 de 2000 les será aumentada la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado.

El cohecho impropio

La figura se halla recogida, conjuntamente con la sanción imponible, en el artículo 406 inciso 1° del Código Penal, que reproduce el art. 142 del Código Penal de 1980 en armonía con el art. 23 de la ley 190 de 1995, cuyo inmediato precedente es el art. 160 del Código Penal de 1936 y el Código italiano de 1889. Se le denomina *impropio*, a diferencia de la figura estudiada en precedencia que se conoce como propia –pues el agente promete realizar un acto indebido que contraría sus deberes oficiales–, porque el acto que es materia del pacto entre el servidor público y el particular, cae dentro de la órbita de las funciones del primero como dicen la doctrina (Bernal, 1965, p. 103) y la sentencia de 19 de agosto de 1976 (Jurisprudencia Penal Corte Suprema de Justicia 1976-1977, pp. 32-34). Aquí, pues, bien dice la doctrina, “el servidor público realiza un comportamiento acorde con el derecho propio de sus funciones, conforme a la ley; lo que ocurre es que, por realizar lo que la ley le permite o le exige, cobra una suma de dinero. En esta clase de cohecho no es necesario que con antelación haya existido pacto alguno” (Cancino, 2011, p. 136)⁵. Tal vez este distingo explique

⁵ Para un distingo, véase CSJ, Sala de Casación Penal (sentencia Rad. 20403 de 2005): “Conclúyese, entonces, que el hecho de aceptar o recibir algo por el funcionario en cumplimiento de las funciones que le corresponden puede dar lugar a la estructuración

las críticas frecuentes que se le hacen a esta figura porque se estima que no debe ser castigada, pese a lo que sostienen la jurisprudencia (sentencia 11136 de 1999) y la propia doctrina (Lombana, 2013, p. 484, con base en el principio de la imparcialidad).

La descripción típica

El tenor literal es como sigue: “El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones (...)” (art. 406 C. P.).

El aspecto objetivo

Advirtiendo que las consideraciones ya hechas en relación con el cohecho propio tienen aquí plena validez, el análisis de la descripción típica siguiente se limita a destacar aquellos elementos diferenciales que, en relación con aquél, requieren de alguna precisión. Así, en primer lugar, *sujeto activo* sólo puede ser un servidor público, entendido como ya se dijo en los términos del artículo 20 del Código Penal; en segundo lugar, el *sujeto pasivo* también es aquí el Estado como depositario de la Administración o gestión Pública; desde luego, el sujeto pasivo de la acción corruptora será el mismo servidor público que acepta la dádiva con la finalidad señalada en la norma.

También, en tercer lugar, para aludir al *bien jurídico* la descripción típica implica un atentado contra la Administración de pública, que es el interés objeto de tutela por parte de la ley penal, advirtiendo que las consideraciones hechas en esta materia en relación con el cohecho propio tienen aquí plena validez, aunque también se estima que es un tipo de peligro. Se afirma lo anterior, porque se parte del presupuesto según el cual –dado el

del delito de cohecho en cualquiera de sus diversas modalidades, las que podrán ser determinadas según la finalidad perseguida por quien da u ofrece y por quien acepta o recibe, dando lugar al cohecho propio en cuanto se pretenda «retardar u omitir un acto propio del cargo, o ejecutar uno contrario a los deberes oficiales», en tanto que cuando se acepta o recibe por «acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones» corresponderá a cohecho impropio”.

carácter bilateral del cohecho— no puede haber pluralidad de bienes jurídicos protegidos (Olaizola, 1999, p. 89).

En cuarto lugar, la descripción típica contiene la *conducta*. Este elemento del supuesto de hecho se infiere de la inflexión verbal *aceptar*, que aquí está referida al dinero, la utilidad o la promesa remuneratoria —sea directa o indirecta— admitidos por parte del servidor público, por un acto que debe ejercer atendidas las funciones que se le han encomendado, todo lo cual muestra que se trata de un tipo penal de resultado y no de mera conducta como sucede con el cohecho propio en el cual, como ya se dijo, el empleo del verbo *aceptar* tiene una significación bien distinta, pues, como acota Ferreira (1995, p. 88), allá no se trata de algo que se da y se recibe, sino de una oferta lucrativa que se acepta.

Además, en quinto lugar, se debe mencionar el *resultado* pues el tipo exige que el servidor público efectivamente acepte el dinero, la dádiva o la promesa remuneratoria, por lo cual la admisión o el recibo de los mismos son indispensables para que se logre la consumación del tipo penal. De igual forma, en sexto lugar, es indispensable abordar el *nexo de causalidad* y la *imputación objetiva*, ello es producto de que entre la conducta encaminada a aceptar la dádiva o remuneración y el resultado, obviamente, debe existir una relación de causalidad, como se infiere de la inflexión verbal *acepte* y del art. 9° del estatuto punitivo; y, más que ello, se debe configurar un nexo de imputación objetiva en los términos ya dichos.

De igual forma, en séptimo lugar, es indispensable el *objeto de la acción*. Como se debe aceptar el “dinero”, la “utilidad” o la “promesa remuneratoria”, parece evidente que la acción contenida en el tipo estudiado debe recaer sobre tales objetos de la conducta y no, como equivocadamente afirma algún autor [para quien la remuneración es el “objeto mediato” cuando ha debido decir lo contrario (Molina, 1998, p. 259)], sobre el acto a ejecutar, pues lo que se acepta no es el “acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones”, sino la remuneración. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con la modalidad de cohecho estudiada en precedencia, en la figura examinada aquí la expresión “directa o indirecta” está referida sólo a la promesa remuneratoria, pues si cobijara a los otros objetos de la acción no habría empleado el femenino singular.

En octavo lugar, se debe estacar el *medio comisivo*. Como se infiere de la descripción típica, la conducta corruptora se explica en la medida en que el agente –así suene paradójico– acepte la remuneración con la promesa de cumplir con el desempeño de sus funciones; la posible realización del acto que se le ha ordenado al servidor público es, pues, el vehículo o medio que le permite la obtención de la remuneración. El medio, pues, es perfectamente lícito, plausible, se corresponde con las funciones asignadas al agente, pero es gracias a él –o mejor: a la posibilidad de que se lleve a cabo– como se posibilita la realización de la conducta corruptora.

Ahora bien, cuando la ley alude al “*acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones*” exige, varias condiciones: que éste sea *legítimo*, esto es, debe quedar cobijado dentro de la órbita de las actividades que le han sido asignadas al servidor público, cuando se le invistió con el cargo; así mismo, el acto debe ser *de competencia del funcionario*, lo cual significa que el servidor público debe tener la potestad de llevarlo a cabo, de realizarlo, porque a él le fue deferido y no a otro. También, es indispensable que el acto *sea futuro*, esto es, posterior, venidero, eventual, como se infiere de la utilización por el legislador de la inflexión verbal “*deba ejecutar*”, precedida de la preposición “*por*” referida al acto⁶; en otras palabras, es indispensable que el agente acepte la remuneración con anterioridad a la realización del acto, con lo cual el cohecho será *antecedente* y no subsiguiente (Bernal, 1965, p. 115). Esto último significa que no es punible, a título de cohecho, la conducta del servidor público que recibe la remuneración con posterioridad a la realización del acto y sin que medie promesa anterior, lo cual no deja de ser un vacío de punibilidad que desde la perspectiva de la política criminal no tiene razón de ser (Arenas, 1986, pp. 50-51).

Así mismo, *no se debe tratar de la realización de un acto concreto, preciso o determinado*, pues basta que sea propio del desempeño de las funciones del

⁶ Como enseña Ortiz (1983, p. 98), “la preposición «por» en el texto legal tiene el sentido de causa de la aceptación. Pero también proporcionalidad entre lo que se acepta y el acto que debe ejecutar. Además denota la acción futura del verbo ejecutar. Así puede entenderse que el sujeto activo acepta en razón de que tiene la función y para ejecutar el acto propio de su función que debe ser gratuito o al menos sin esa sobrenumeración. Pero acepta por un acto que ejecutará y no por uno que ya había ejecutado”.

agente, independientemente de si queda cobijado por sus deberes o es meramente facultativo, esto es, actos que el autor puede o no realizar sin que la no ejecución sea punible (Pérez, 1984, p. 272).

Para culminar, como es claro que la conducta típica se consuma –que no se agota– con la aceptación de la remuneración, ello significa que *no se exige la realización del acto que se compra*; es, pues, indiferente, si este se lleva a cabo o no, y tanto cohecha el servidor público cuando acepta la remuneración como cuando realiza el acto. Así las cosas, la razón de ser de esta exigencia es clara: el legislador quiere proteger con tal celo el correcto manejo de la cosa pública, que adelanta las barreras de protección del bien jurídico con independencia de si la entrega se cumple o no. Esto último, desde luego, pone de nuevo sobre el tapete la discusión la problemática de la unidad o pluralidad de acciones típicas en este caso, para lo cual son perfectamente válidas las consideraciones plasmadas en relación con el cohecho propio.

El aspecto subjetivo

Obviamente, el tipo penal en estudio es de aquellos cuyo aspecto subjetivo está conformado por *el dolo*, entendido en los términos del artículo 22 del Código Penal, como conocer y querer la realización de la conducta típica (dolo directo); parece muy discutible la posibilidad de que se presente un dolo eventual, esto es, que el sujeto activo acepte como posible la realización de la infracción penal y su no producción quede librada al azar, porque la forma como está redactada la figura la hace más propia del dolo directo. Además, a diferencia del tipo estudiado en primer lugar, este supuesto de hecho no requiere ningún elemento subjetivo del tipo distinto al dolo.

Las consecuencias jurídicas

Según se desprende del tenor del texto legal: “incurrirá en prisión de cuatro (4) a siete (7) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”. Esta pena compuesta fue incrementada por la Ley 890 de 2004, art. 14, así: la prisión del inc. 1º es de 64 a 126 meses, la multa de sesenta y seis con sesenta y seis

(66,66) a ciento cincuenta (150) SMLMV; y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Cohecho aparente

Esta modalidad se halla recogida, conjuntamente con la sanción imponible, en el artículo 406 inciso 2° del Código Penal que, téngase en cuenta, tiene su antecedente más próximo en el art. 165 del C. P. de 1936 y en el inciso 2° del artículo 142 del Código Penal de 1980 en concordancia con el art. 23 de la Ley 190 de 1995. El tenor literal es como sigue: “*El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento*, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años” (cursivas del autor). Estas sanciones fueron incrementadas por el art. 14 de la ley 890 de 2004, así: la pena de prisión señalada se incrementó de 32 a 90 meses y la multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) SMLMV.

Ahora bien, la denominación de “cohecho aparente” se justifica porque aquí el sujeto activo –que solo puede ser un servidor público⁷– recibe el dinero o la dádiva de parte de un tercero que tiene interés en el asunto del cual está conociendo, sin que sea necesario demostrar la existencia previa del pacto, convenio o acuerdo como sucede en el cohecho verdadero (propio o impropio); aquí, pues, se busca obtener el favor, la buena voluntad del servidor hacia quien hace la donación (Molina, 1998, p. 262). De ahí que se trate de una forma bastante sutil de corromper a los servidores públicos, lo cual justifica su acriminación desde la perspectiva político-criminal; por lo demás, así lo ha dicho la jurisprudencia:

⁷ Extraña, por ende, la afirmación –en todo caso contraria al tenor literal de la ley– de Gómez & Gómez (2004), según la cual “La conducta puede ser realizada tanto por el servidor público, como por el particular, en los términos del inciso 2° del artículo 406 del C. P. de 2000” (p. 292). Por supuesto, es “en los términos” de esa normativa que se excluye como autor al particular, porque este jamás podrá realizar esa modalidad de cohecho.

Esta modalidad del cohecho aparenta un rigor excesivo, innecesario y hasta comprensivo de conductas inocentes, nada dañinas, que propicia tratamientos injustos. Pero bien miradas las cosas, todos estos temores y recelos no obedecen a una atendible realidad... Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc., pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial (Sentencia Rad. 3306 de 1989).

Por ello, justo es decirlo, el bien jurídico tutelado es también la administración pública acompañada de los valores que la sustentan, para el caso el correcto desempeño de la actividad pública que se debe hacer con esmero, dedicación y sin que haya lugar a situaciones reprochables (sentencias Rad. 23924 de 2009; Rad. 3306 de 1989 y Rad. 11136 de 1999). Como es obvio se trata de una figura dolosa por lo cual se deben reunir en relación con ella los componentes exigidos por el artículo 22 del Código Penal; al respecto, bien vale la pena citar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Adicionalmente, para que se configure el cohecho aparente, es indispensable un ingrediente subjetivo, esto es que el funcionario sepa que recibe y quiera recibir en razón de la función, ingrediente que no existe cuando hay onerosidad. Además, tanto el funcionario que recibe como el particular que entrega, deben saber que delinquen, pero sin acuerdo previo, pues si lo hubiera se estaría en presencia del delito de cohecho propio o impropio (Sentencia Rad. 13155 de 2001).

Una modalidad especial

También el legislador ha previsto una figura particular de cohecho impropio y aparente que, como en el caso del cohecho propio, se presenta cuando el sujeto activo de la conducta es un servidor público que actúa como funcionario al servicio de alguno de los órganos de control del Estado; al respecto son válidas las consideraciones hechas en precedencia y se debe acudir a lo normado en el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011, que adicionó un nuevo inciso al artículo 406 del C. P., en ese sentido.

El cohecho por dar u ofrecer (activo)

El artículo 407 del Código Penal colombiano, de forma similar al art. 143 del C. P. de 1980 (en armonía con el artículo 24 de la ley 190 de 1995) que a su vez reproducía disposición similar contenida en el art. 164 del C. P. de 1936, consagra como comportamiento punible la conducta de cohecho por dar u ofrecer. Pues bien, debe procederse ahora a ocuparse tanto del supuesto de hecho como de la consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho

Como se infiere de la transcripción el tipo penal es “El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores”, lo cual significa que sus elementos estructurales del mismo son los siguientes:

Aspecto objetivo

Por esta cara de la descripción típica se requieren las siguientes exigencias: En primer lugar, el *sujeto activo*, pues debe constatarse la presencia de un agente o autor, esto es “*el que*”, o sea cualquier persona por lo cual el tipo penal en examen es de sujeto activo indeterminado o común, dado que no se requiere ninguna calidad o cualidad especial para serlo; debe tratarse de una persona humana no de una persona jurídica porque en el derecho penal vigente en Colombia éstas últimas no delinquen. Por eso, un buen sector de la doctrina que se ha ocupado de figuras similares contenidas en los artículos 164 del C. P. de 1936 y 143 del C. P. de 1980, afirma que sujeto activo puede ser tanto un particular como un servidor público (Pacheco, 1978, p. 182; Molina, 1998, p. 268; Bernal, 1965, pp. 109 y 134; Tirado, 2011, p. 276); incluso la jurisprudencia (sentencias Rad. 17674 de 2003 y Rad. 39156 de 2015). Esta última expresión se debe entender en los mismos términos en los cuales lo hace el artículo 20 del Código Penal.

En segundo lugar, se consigna el *sujeto pasivo del delito*. Sin duda es el Estado como titular del bien jurídico administración pública; esta categoría es distinta al *sujeto pasivo de la acción* que, para el caso, solo puede ser una persona investida con las atribuciones propias del “servidor público”, como dice el propio tenor de la ley penal. En cuanto al *bien jurídico*, en tercer

lugar, es también la administración pública entendida como el interés que tiene el Estado y los asociados en la corrección y probidad de los servidores públicos y de los encargados de la función pública (Pacheco, 1978, p. 168).

En cuarto lugar, la *conducta* es la de *dar* u *ofrecer* al sujeto pasivo de la acción el objeto material allí mencionado: “*dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público*”, todo ello a condición de que sea en las circunstancias señaladas en los artículos 405 y 406 donde se prevén las modalidades de cohecho propio, impropio y aparente, por lo cual se remite a lo dicho en precedencia. En otras palabras, como las figuras en estudio suponen la negociación de la función es necesario que en ella se involucre tanto el que recibe o acepta (cohecho propio) como quien da u ofrece (cohecho por dar u ofrecer).

El *resultado*, en quinto lugar, es uno de los temas más debatidos; en efecto, se ha dicho por parte de la doctrina que el cohecho activo “se consuma con el ofrecimiento de la dádiva o de la promesa aunque el funcionario no la acepte” (Arenas, 1964, p. 101). La jurisprudencia ha señalado que este tipo penal no exige resultado y, por ende, no admite tentativa (sentencias 13155 de 2001 y 17674 de 2003; Gómez & Gómez, 2004, p. 288); sin embargo, un examen más detenido, que tenga en cuenta los significados lingüísticos de los verbos rectores utilizados por el legislador, demuestra que ello no siempre es así. En efecto, la inflexión *dar* (según el léxico, es tanto como donar o entregar, “ofrecer materia para algo”, “conferir, proveer en alguien un empleo u oficio”, “conceder, otorgar”) y el verbo *ofrecer* (supone “comprometerse a dar, hacer o decir algo” o “presentar y dar voluntariamente algo), de donde se deduce que el primer verbo supone un resultado mientras que el segundo no necesariamente. Por ello, la afirmación según la cual se trata de un tipo sin resultado no es del todo acertada y debe ser revaluada; y, por supuesto, admite tentativa (Real Academia Española, 2014a, p. 705; Real Academia Española, 2014b, p. 1569; Molina, 1998, p. 269; Pérez, 1984, p. 273).

En sexto y último lugar se debe examinar el *nexo de causalidad y la imputación objetiva*, en los mismos términos que ya se ha señalado.

Aspecto subjetivo

Sin duda, este tipo penal es doloso porque el agente debe saber que realiza la conducta típica y debe querer hacerlo; además, como el codificador remite expresamente a los dos artículos anteriores: “en los casos previstos en los dos artículos anteriores”, ello significa que la conducta de dar u ofrecer la dádiva se tiene que llevar a cabo con el mismo elemento subjetivo; vale decir, que el sujeto activo cuando da o entrega lo debe hacer con la finalidad de que quien recibe obre “(..) para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales” (art. 405 C. P.). Si falta este plus subjetivo no se configura la modalidad de cohecho en examen y el juicio de tipicidad que se emita en el caso concreto debe ser negativo en relación con la descripción legal en examen.

Las consecuencias jurídicas

Como ya se dijo quien realice una conducta que sea típica, antijurídica y culpable de cohecho por dar u ofrecer incurre en tres tipos de sanciones penales: en prisión de 48 a 108 meses; la multa de sesenta y seis con sesenta y seis (66,66) a ciento cincuenta (150) SMLMV; e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Conclusiones

Llegados a esta instancia se puede afirmar que la legislación nacional en esta materia es, en términos generales, afortunada porque el legislador nacional de la mano del italiano –sobre todo el que confeccionó el Código Penal italiano de 1889–, ha previsto unos dispositivos penales que recogen las más relevantes conductas en el campo de la corrupción pública.

Por supuesto, quedan algunos problemas por resolver como es el atinente a si los servidores públicos pueden ser también sujetos activos del cohecho por dar u ofrecer –asunto que aquí se ha respondido de manera positiva–, para lo cual valdría hacer más explícita la legislación existente.

Otro tanto debe decirse en relación con el elemento subjetivo del tipo diferente al dolo que se evidencia en la figura del cohecho por dar u ofrecer

que, para evitar dificultades bien podría preverse de manera más clara y concluyente.

También, en materia de sanciones puede decirse que las previsiones son apropiadas; el legislador debe evitar dejarse llevar de la mano de las corrientes expansionistas y propender porque las sanciones sean proporcionadas y adecuadas a la gravedad de la conducta cometida.

En fin, dígase que la herramienta legislativa es apenas uno de los mecanismos que se deben utilizar para la lucha contra la corrupción –aquí la de naturaleza pública– por lo cual no se deben descuidar otros que deben incidir, sobre todo, en la prevención; a la par, sin que ello se pueda atribuir a la difícil situación social –porque en sociedades avanzadas también se observan graves brotes de corrupción–, es evidente que se requiere luchar contra la pobreza, la desigualdad y la injusticia social, entre otras herramientas, para que la lucha contra tan extendido mal pueda avanzar. No se trata, pues, de un problema legislativo.

Bibliografía

- Arenas, A. V. (1964): *Comentarios al Código Penal Colombiano* (2ª ed.), Bogotá: Universidad Nacional.
- Arenas, A. V. (1986). *Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte Especial* (Tomo II). Bogotá: Temis.
- Aristóteles (2005). *Ética a Nicómaco* (En J. L. Calvo Trad.). Madrid: Alianza Editorial.
- Auto (1976, agosto 19). M. P. Gustavo Gómez Velásquez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Auto (1982, agosto 3). M. P. Darío Velásquez Gaviria. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Bernal, J. (1965). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Temis.
- Cancino, A. J. (2011). Delitos contra la Administración Pública. En Barreto, H. et al.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (2ª ed.), (pp. 101-166). Bogotá: Universidad Externado Colombia. Código Penal de la Nueva Granada. (1840). Paris: Imprenta DB Bruneau.
- Código Penal de 1936. Ley 95 de 1936. Diario oficial núm. 23.316. Ministro de Gobierno.
- Código Penal de 1980. Decreto 100 de 1980. Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial núm. 35461. Presidencia de la República.
- Constitución Política (1991). Congreso de la República de Colombia. Recuperado de: http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm.
- Corte Suprema de Justicia. (s.f). *Jurisprudencia Penal Corte Suprema de Justicia 1976-1977*, Bogotá: Librería del Profesional.
- Corte Suprema de Justicia. (1985), *Jurisprudencia Penal. Año 1984* (1985). Medellín: Editora Jurídica de Colombia.

- Du Puit, J. (1995). La corrupción en el Perú: Breve reseña histórica. *Anuario de Derecho Penal*, 95, 101-110.
- Ferreira, F. (1995). *Delitos contra la administración pública* (3 ed.). Bogotá: Temis.
- Gaceta Judicial núm. 2408 de 1982. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Gómez, A. (1987). *Derecho penal. Parte Especial* (Tomo I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, A., & Gómez, C. A. (2004). *Delitos contra la Administración Pública* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jescheck, H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal*, parte general. En M. O. Cardenete (Trad.). Granada: Editorial Comares.
- Ley 190 de 1995. Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial núm. 41878. Congreso de la República.
- Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial núm. 43464. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44097. Congreso de la República de Colombia, julio de 2000.
- Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Diario Oficial núm. 45602. Congreso de la República de Colombia.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Diario Oficial núm. 48.128. Congreso de la República de Colombia.

- Lombana, J. A. (2013). *La tipificación del tráfico de influencias y del cohecho en España y en Colombia como forma de prevención de la corrupción pública*. (Tesis Doctoral). León: Universidad de León. Recuperado de: https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/3274/tesis_498b6e.PDF?sequence=1
- Mir Puig, S., & Gómez, V. (2011). *Derecho penal, Parte General* (9ª ed.). Barcelona: Editorial Reppertor.
- Molina, C. M. (1998). *Delitos contra la administración pública* (2 ed.). Bogotá: Editorial Leyer.
- Olaizola, I. (1999). *El delito de cohecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ortiz, A. (1983). *Manual de Derecho Penal Especial*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Pacheco, P. (1978). *Derecho penal especial* (Tomo I) (4ª ed.). Bogotá: Temis.
- Peña, E. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Pérez, L. C. (1984). *Derecho penal. Partes general y especial* (Tomo III). Bogotá: Temis.
- Proyecto de Código Penal (1935). (2 ed.), Bogotá: Imprenta Nacional.
- Proyecto de Código Penal Colombiano 1978 (1978). Bogotá: Ministerio de Justicia.
- Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal (1998). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Real Academia Española (2014a). *Diccionario de la Lengua Española* (Tomo I) (23ª ed.). Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S. A.
- Real Academia Española (2014b). *Diccionario de la Lengua Española* (Tomo II) (23ª ed.). Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S. A.
- República Italiana. *Codice Penale per il Regno d'Italia*. (1889). Código Zanardelli. Roma: Stamperia Reale.

- Reyes, A. (1979). *Jurisprudencia penal. 1979*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, E. (1914). *Código Penal colombiano* (2ª ed.). Bogotá: Librería Americana/Librería Colombiana.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, Parte general*, (Traducción española de la 2ª edición alemana y notas a cargo de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Madrid: Civitas.
- Sentencia (1979, enero 18). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia (1984, abril 5). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 3306 (1989, abril 26). Recurso de apelación. M.P. Gustavo Gómez Velásquez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 11136 (1999, diciembre 3). Recurso de casación M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 13155 (2001, enero 24). Recurso de apelación. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 17674 (2003, noviembre 26). Recurso de casación. M. P. Mauro Solarte Portilla. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 20403 (2005, abril 6). Proceso de única instancia. M.P. Herman Galán Castellanos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 23924 (2009, mayo 6). Proceso de única instancia. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

- Sentencia Rad. 32095 (2010, mayo 28). Recurso de apelación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Sentencia Rad. 39156 (2015, abril 15). Proceso de única instancia. M.P. José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
- Soler, S. (1978). *Derecho penal argentino* (tomo V) (3ª ed.). Buenos Aires: TEA.
- Tirado, M. (2011). Cohecho. En C. G. Castro, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial* (tomo II) (pp. 263-278). Bogotá-Editorial Temis-Universidad el Rosario.
- Velásquez, F. (1997). *Derecho penal. Parte general* (3ª ed.). Bogotá: Temis.
- Velásquez, F. (2009a). *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Velásquez, F. (2009b). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Velásquez, F. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (6ª ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.



PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL

Este libro reúne los resultados de las investigaciones adelantadas por los miembros del semillero de investigación 'Problemas Actuales del Derecho Penal' durante los años 2012-2015 y del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas 'Emiro Sandoval Huertas', de la Universidad Sergio Arboleda. Los distintos capítulos que la integran se ocupan de temas de gran actualidad e interés y abarcan cuestiones relativas a las partes general y especial del derecho penal, el derecho procesal penal, el derecho penitenciario y la política criminal, tales como la penalización de los conductores en estado de embriaguez, el feminicidio, el plagio penalmente relevante en el ámbito universitario, el delito de cohecho, el carácter pretendidamente acusatorio del proceso penal colombiano actual, el hacinamiento carcelario o la política criminal en materia de lavado de activos. Se trata de una obra de gran utilidad para teóricos y prácticos que está llamada a promover el debate en torno a todas estas cuestiones, gracias al tono crítico empleado por sus autores.



Escuela Mayor de Derecho
Universidad Sergio Arboleda

Carrera 15 No. 74-40. Tels.: (571) 325 7500 ext. 2131 - 322 0533. Bogotá, D.C.

Calle 18 No. 14A18. Tels.: (575) 4203838 - 420 2651. Santa Marta

www.usergioarboleda.edu.co