



**Universidad EAFIT**  
**Escuela de Derecho**  
**Departamento de Derecho Penal**  
**Maestría en Derecho Penal**

**LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE CAMPAÑAS POLÍTICAS  
DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD**

**Tesis de Maestría**

**Elaborado por:**  
***Ricardo Escobar Osorio***

**Asesor:**  
**Juan Carlos Álvarez Álvarez**

## ÍNDICE

1. Introducción .....	1
2. Metodología y objetivos .....	5
3. Marco estructural y normativo .....	6
3.1. Planteamiento .....	6
3.2. Marco estructural .....	6
3.3. Marco normativo .....	12
3.3.1. Las normas que integran el sistema de financiación político colombiano ....	12
3.3.2. Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas .....	15
4. Marco valorativo .....	20
4.1. Planteamiento .....	20
4.2. Los modelos doctrinales y de los tribunales constitucionales del principio de proporcionalidad en materia penal .....	21
4.2.1. Consideraciones previas .....	21
4.2.2. El modelo doctrinal del principio de proporcionalidad en materia penal desarrollado por Lopera Mesa .....	21
4.2.2.1. Presupuestos teóricos del modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa .....	22
4.2.2.2. Las etapas que conforman el modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa .....	27
4.2.3. Los modelos jurisprudenciales del principio de proporcionalidad en materia penal aplicados por los tribunales constitucionales de Colombia y España .....	38
4.2.3.1. Consideraciones previas .....	38
4.2.3.2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana .....	38
4.2.3.3. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española .....	42
4.3. Algunas críticas al principio de proporcionalidad como herramienta de legitimación de las leyes penales .....	45
4.4. Toma de postura .....	46
4.4.1. Adopción del principio de proporcionalidad como herramienta para determinar la legitimidad material de los delitos objeto de estudio .....	46
4.4.2. Toma de postura frente a los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por la jurisprudencia constitucional colombiana y española .....	48

4.4.2.1. Razones por las cuales no serán asumidos los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por la Corte Constitucional colombiana.....	48
4.4.2.2. Razones por las cuales no serán asumidos los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por el Tribunal Constitucional español .....	51
4.4.3. Toma de postura frente al modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa .....	52
4.4.3.1. Razones por las cuales se adoptará el modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa .....	53
4.4.3.2. Criterios específicos del modelo de Lopera Mesa que no serán asumidos .....	54
5. Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz del modelo del principio de proporcionalidad adoptado .....	59
5.1. Planteamiento .....	59
5.2. Legitimidad del fin perseguido por los delitos de financiación ilegal de las campañas políticas del código penal colombiano.....	59
5.2.1. Las finalidades que pueden ser vinculadas a los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano .....	60
5.2.1.1. Las finalidades que según el legislador persiguen los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” del código penal colombiano .....	61
5.2.1.2. Las finalidades que según la Corte Constitucional persiguen las normas relativas a la financiación de las campañas políticas .....	61
5.2.1.3. Las finalidades que según la doctrina penal española persiguen los delitos de financiación de partidos políticos del código penal español .....	63
5.2.1.4. Toma de postura.....	64
5.2.2. La materialidad, relevancia social y no contradicción con la Constitución de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano.....	67
5.2.2.1 La materialidad y relevancia social de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano .....	67
5.2.2.2. La no contradicción de las finalidades perseguidas por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano con la Constitución Política de Colombia.....	68

5.3. Posiciones de derecho fundamental afectadas por las prohibiciones y penas contenidos en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano .....	68
5.3.1. Posiciones de derecho fundamental afectadas por las prohibiciones contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano .....	69
5.3.2. Posiciones de derecho fundamental afectadas por las penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano ....	70
5.4. La idoneidad de las prohibiciones y penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano.....	72
5.4.1. La idoneidad de las prohibiciones contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano .....	72
5.4.2. La idoneidad de las penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano .....	75
5.5. La necesidad de las prohibiciones y penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano.....	80
6. Recapitulación y conclusiones .....	91
Bibliografía .....	94

# 1. INTRODUCCIÓN

Para el año 2018, según el CNE (Consejo Nacional Electoral), el tope de gastos de las campañas al Senado de la República era de 884 millones de pesos, mientras que los de Cámara de Representantes estaban entre los 690 y 1.280 millones de pesos (dependiendo del departamento)<sup>1</sup>. No obstante, hay estimaciones que, en la práctica, independientemente de lo estipulado legalmente, una campaña al Congreso de la República mínimamente competitiva puede valer hasta 24.000 millones de pesos<sup>2</sup>. Es decir, una campaña a esta corporación pública que quiera tener oportunidad de triunfar exige gastar mucho más de lo que permite la norma. De manera similar, se ha llegado a decir que el costo real de las campañas que participaron en las elecciones al Senado de la República de 2014 podía ascender hasta los 12.000 millones de pesos, lo cual excede con creces los topes de gastos permitidos, que eran de 740 millones de pesos por campaña<sup>3</sup>.

Tales incongruencias entre los topes dispuestos por el CNE y los verdaderos costos de las campañas políticas no solo nos dan un indicio de que los límites de gastos en las competiciones electorales no se respetan, sino que, en general, las normas que limitan la financiación de la política son incumplidas. Y, aunque las cifras citadas son relativamente recientes, es incorrecto pensar que el fenómeno de la financiación ilegal de campañas políticas en Colombia es novedoso o desconocido. Por el contrario, ha protagonizado en múltiples ocasiones la agenda pública y mediática del país. Basta con mencionar eventos paradigmáticos como el “Proceso 8000”, la “Parapolítica” y el más reciente “Caso Odebrecht”, para dar cuenta de esta afirmación<sup>4</sup>.

En este sentido, si algo caracteriza las campañas políticas en Colombia es que su éxito poco depende de las ideas y propuestas presentadas, sino de la capacidad de financiación con

---

<sup>1</sup> Cfr. Resolución 2796 de 2017, del Consejo Nacional Electoral.

<sup>2</sup> Revista Semana (2018): “Las sumas y restas de las campañas políticas”. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/campanas-politicas-2018-inversion-en-dinero/559767>.

<sup>3</sup> Cfr. Saavedra, V (2017): “Consideraciones sobre el financiamiento de las campañas políticas”, Fedesarrollo, n°68, marzo, Págs. 2-3. Recuperado de: <https://www.fedesarrollo.org.co/sites/default/files/visorPDF.pdf>.

<sup>4</sup> El “Proceso 8000”, alude a una serie de procesos judiciales y escándalos mediáticos que comienzan a raíz de la comprobación de aportes de dinero del narcotráfico colombiano a la campaña presidencial del expresidente Ernesto Samper en 1994. La “Parapolítica”, por su parte, constituye un escándalo político que se desata en el 2006 en Colombia. En este se revelaron los vínculos de numerosos políticos con grupos armados al margen de la ley, vínculos que dieron lugar a múltiples casos de financiación ilegal de campañas políticas. Fue con los escándalos del “Proceso 8000” y la “Parapolítica” que el tema de la financiación ilegal de las campañas logró trascender las esferas políticas tradicionales y se convirtió en objeto del debate nacional. Luego, el famoso “Caso Odebrecht”, hace referencia a la conmoción generada por los aportes de dinero por parte de la constructora brasileña Odebrecht a las campañas electorales de 2014 del expresidente Juan Manuel Santos y de su rival Óscar Iván Zuluaga. Véase: W Radio (2007): “Expresidente Samper reconoce que narcotráfico contaminó su campaña”. Recuperado de: <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/ex-presidente-samper-reconoce-que-narcotrafico-contamino-su-campana/20070415/nota/414721.aspx>; Revista Dinero (2019): “Fiscalía confirma pagos de Odebrecht a campañas de Santos y Zuluaga”. Recuperado de: <https://www.dinero.com/pais/articulo/fiscalia-confirma-pagos-de-odebrecht-a-campanas-de-santos-y-zuluaga/247493>.

que las mismas cuenten. Más que ideas, se necesita dinero, y al constituir el dinero la base fundamental de cualquier campaña, se procura su obtención a toda costa. Si bien es cierto que hoy en día los procesos electorales se desarrollan en contextos tecnificados que requieren una alta cantidad de recursos económicos, pareciera que en el país son circunstancias como la compra de votos, la compra de líderes sociales, el clientelismo, entre otras, las que determinan los exorbitantes costos de las campañas<sup>5</sup>. Esto ha dado lugar a contiendas en las que aparentemente es imposible ser competitivo si al mismo tiempo se respetan las reglas que limitan la financiación de la política<sup>6</sup>.

Dicha inflación en el costo de las campañas se ha convertido en un foco de corrupción que ha sido caldo de cultivo para el florecimiento de prácticas ilícitas para financiar las mismas, con el grave efecto de pervertir el correcto funcionamiento del sistema político democrático. La proliferación de estas prácticas ha despertado la atención de la sociedad, pero, sobre todo, un despliegue y una presión mediáticas, lo cual, ha llevado al legislador a valerse de uno de los instrumentos que suelen utilizarse para demostrar que también en las esferas de decisión política existe esa misma preocupación. De esta manera, se ha acudido a vías como el poder punitivo, precisamente, a través de la creación de delitos como los de financiación ilegal de

---

<sup>5</sup> Según Saavedra, V (2017): ob.cit., Págs. 4-7; las razones por las cuales los verdaderos costos de las campañas en Colombia son tan elevados son: altos gastos en propaganda, compra de votos y de líderes locales, la elevada competencia electoral con un equilibrio clientelista y no programático, la competencia intrapartidista y el limitado control del Consejo Nacional Electoral. Por otro lado, según Transparencia por Colombia (2014): Análisis de la financiación de las campañas legislativas en Colombia 2014. Bogotá: Transparencia por Colombia. Págs. 51-52. Recuperado de: [https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014\\_TPC\\_CEDAE.pdf](https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014_TPC_CEDAE.pdf); este fenómeno, en parte, puede deberse a una posible incongruencia entre los topes determinados por el CNE y los gastos en los que verdaderamente debe incurrir una campaña en Colombia para ser mínimamente competitiva. El motivo de esto puede encontrarse en el índice actualmente utilizado para calcular el costo y los topes de los certámenes electorales en Colombia: El Índice de Costos de las Campañas Electorales (ICCE). Este índice, que fue concebido en colaboración con el DANE como una alternativa a corto plazo, todavía debe ser complementado con una investigación de campo que permita detallar de manera más adecuada los costos reales de las campañas, pues al parecer los topes hasta el momento calculados son incongruentes con la realidad. Según el artículo 24 de la Ley 1475 de 2011, “el Consejo Nacional Electoral con el apoyo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá realizar periódicamente los estudios que correspondan con el objeto de garantizar que los límites al monto de gastos fijados reflejen el valor real de las campañas electorales”.

<sup>6</sup> Según Londoño, J. F (2018): Estudio sobre financiamiento político. Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil, Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales, Centro de Análisis y Asuntos Públicos (CAAP). Pág. 130; “El mayor problema que tiene el sistema de financiamiento político en Colombia es la opacidad en la información sobre los gastos electorales. Todos los políticos reconocen en privado que sus competidores no respetaron los topes y señalan cifras exorbitantes empleadas para la consecución del poder político. El problema se encuentra tan extendido que no sólo no se denuncia, pese a que en un país tan litigioso sería una manera fácil de entorpecer la carrera de los rivales políticos, sino que las posibilidades de éxito electoral están ligadas a poder usar esos recursos extras para ser competitivos”. Véase también: Transparencia por Colombia. (2014): ob.cit., Pág. 51. Recuperado de: [https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014\\_TPC\\_CEDAE.pdf](https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014_TPC_CEDAE.pdf); El Colombiano (2017): “Transparencia en campaña, ¿un imposible?”. Recuperado de: <https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/transparencia-en-campana-un-imposible-CH6393501>

campañas políticas, contenidos en los artículos 396A, 396B y 396C del código penal colombiano.

No obstante, el hecho de que el correcto funcionamiento del sistema de financiación de campañas políticas sea de vital importancia para la democracia, no significa que el legislador esté llamado a intervenir jurídico-penalmente en la regulación de esta materia. Aunque existe un amplio consenso acerca de la necesidad de encontrar respuestas para enfrentar esta problemática, las mismas deben ser las más adecuadas, oportunas y eficaces, y en muchos casos el derecho penal no es la herramienta ni más adecuada, ni más oportuna, ni más eficaz.

Por lo tanto, surge una pregunta que vale la pena responder: ¿a través de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano, el legislador, en aras de proteger la democracia, acudió a la vía correcta, de la manera correcta? Aquí debe tenerse en cuenta que en Colombia los propósitos más aparentes del legislador al crear leyes penales a menudo no son los verdaderos. En no pocos casos las leyes penales obedecen a ciertas lógicas, racionalidades, rasgos ideológicos o necesidades cuyo descubrimiento requiere un análisis más profundo de las circunstancias y contexto que las rodean.

Fue de manera reciente, a través de la Ley 1863 de 2017, que se introdujeron al Código Penal colombiano los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” (artículo 396A), “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” (artículo 396B) y “omisión de información del aportante” (artículo 396C). Esta es la primera vez que en el ordenamiento jurídico del país se constituye una regulación penal relativa a la financiación ilegal de campañas políticas. Lo reciente de la creación de estos delitos explica que, hasta el momento, sus aspectos político-criminales, dogmáticos y constitucionales no hayan sido estudiados por la doctrina nacional o por la jurisprudencia. Por ello, si quiere dársele respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior, resulta de especial importancia realizar un primer acercamiento analítico a ciertas cuestiones fundamentales que suscita la aplicación y creación de estas figuras delictivas. Se trata de cuestiones básicas tales como el contexto jurídico y social que precedió la creación de los delitos, el papel que juegan en el ordenamiento jurídico, la legitimidad de los fines que persiguen, la relevancia social del ámbito en el que inciden, la manera en que las prohibiciones y penas tipificadas protegen los bienes jurídicos tutelados o, no menos importante, las implicaciones constitucionales que hay detrás de la entrada en vigencia de dichas figuras.

En este orden de ideas, un instrumento que facilita el abordaje conjunto de dichas cuestiones es el principio de proporcionalidad. Sin duda, su uso puede ser bastante provechoso para el caso que nos compete, pues proporciona una serie de criterios que posibilitan el estudio de los tipos objeto de análisis desde diferentes perspectivas y puntos de vista, lo cual, dará como resultado el alcance del objetivo del presente trabajo; el de responder la pregunta ya planteada. Además, estos criterios, de definirse adecuadamente, hacen gala de una virtud que no debe ser desatendida: permite darle determinadas funciones y límites al

derecho penal. Así, la concepción del principio de proporcionalidad que se asumirá en el presente trabajo posibilita asumir una visión minimalista del *ius puniendi* y tener como marco de referencia ciertos principios limitadores de este, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política colombiana.

## 2. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Como ya se anunció en el capítulo anterior, el propósito principal del presente trabajo será el de determinar si a través de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano, el legislador, en aras de proteger la democracia, acudió a la vía correcta, de la manera correcta. En otras palabras, se intentará constatar si los delitos en comento gozan de legitimidad material.

El trabajo se dividirá en varios capítulos en los que se le dará desarrollo a ciertos objetivos específicos que son esenciales para darle alcance de manera adecuada al propósito en mención. Estos capítulos se estructurarán de la siguiente manera:

En el capítulo tercero, referido al marco estructural y normativo, se efectuará una aproximación al ámbito de la financiación política en Colombia. Conocer el contexto social y jurídico en el que los delitos objeto de estudio se insertan es esencial para determinar si los mismos contribuyen a su mejoramiento y, a su vez, para determinar su legitimidad. Así las cosas, en esta parte del texto, se intentará dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Por qué es importante la financiación de la política en una democracia?; ¿Cuáles son los riesgos que hay detrás de dicha práctica?; ¿Cuál es la realidad del contexto colombiano en torno a este tema?; ¿Por qué es importante regular el uso del dinero en la política en un país como Colombia?; ¿Cuál es el daño social que implica el incumplimiento de tal regulación?; ¿Cuál es el marco jurídico colombiano en dicho ámbito?; ¿Qué es lo que específicamente se está prohibiendo a través de los delitos estudiados? Y teniendo en cuenta la regulación administrativa sobre el tema, ¿Cuál es el papel que los mismos juegan en el ordenamiento jurídico?

Luego, en el cuarto capítulo, referido al marco valorativo, se abordará el concepto de principio de proporcionalidad, que será la herramienta que nos dará las pautas con las que hemos de determinar la legitimidad de los delitos estudiados. Entre otros, en este punto se hará una exposición de ciertas construcciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad, se hará mención de algunas de las críticas que la doctrina ha formulado en contra de este instrumento y se hará toma de postura, de manera que, a partir de ciertas valoraciones críticas y teniendo en cuenta algunas matizaciones, se dirá cuál de los modelos del principio de proporcionalidad explicados en la primera parte del capítulo será asumido como marco valorativo del trabajo.

En el quinto capítulo, se analizarán los delitos estudiados a la luz de las diferentes etapas argumentativas que componen el modelo de principio de proporcionalidad adoptado en el trabajo. Es en este capítulo donde, de manera concreta, se le dará desarrollo al objetivo principal.

Finalmente, en el sexto capítulo, a manera de recapitulación, se expondrán las principales conclusiones a las que se llegó en el desarrollo del trabajo.

### **3. MARCO ESTRUCTURAL Y NORMATIVO**

#### **3.1. Planteamiento**

El ámbito en el que inciden los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano es uno muy importante en el contexto colombiano. Cómo se verá en el presente capítulo, la financiación de la política ha sido un arma de doble filo en el país: esta no solo ha jugado un papel central en la conformación de la democracia colombiana tal y como la conocemos, sino que se ha convertido en una práctica en la que constantemente se atenta contra algunos aspectos fundamentales que conforman la democracia misma. De ahí que la regulación de la injerencia del dinero en la política constituya un aspecto central en el ordenamiento jurídico nacional.

Por lo tanto, es esa relevancia que caracteriza el ámbito de la financiación de la política la que en parte impulsa a determinar de qué manera contribuyen los delitos en comento a su mejora y transformación. En este sentido, entender las diferentes circunstancias que caracterizan la realidad social y jurídica en la que tales figuras se insertan es de vital importancia para luego tener las herramientas necesarias que nos permitirán determinar su legitimidad material, que constituye el objetivo del presente trabajo.

Por esto, en el presente capítulo, como marco estructural, se explicará como la financiación de la política ha contribuido a la conformación de la democracia colombiana, cuál es su importancia en una sociedad democrática y cuáles son los riesgos que hay detrás de dicha actividad. Luego, como marco normativo, una vez se explique por qué es importante regular la financiación de la política, se hará un recuento de las normas que regulan dicho ámbito en Colombia y, finalmente, nos centraremos en los delitos objeto de estudio. En este punto explicaremos cuál es el objeto de regulación de los mismos y qué papel juegan en el ordenamiento jurídico colombiano.

#### **3.2. Marco estructural**

Con anterioridad a la Constitución de 1991, la democracia colombiana en términos de pluralidad política era débil. Las opciones políticas eran pocas. Como se recordará, durante casi todo el siglo pasado (hasta mitades de los ochenta) el gran rasgo del sistema político colombiano fue la adopción de un sistema bipartidista en el que todo el monopolio de la gestión pública solo estuvo en manos de los partidos liberal y conservador. Antes y durante el Régimen del Frente Nacional, la política colombiana se caracterizó por la “exclusión de terceras fuerzas políticas que representaran un intento de oposición o de creación de nuevos partidos”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. Giraldo, F. (2007): “Partidos y sistema de partidos en Colombia” en Roncagliolo, R. y Meléndez, C (directores): La política por dentro. Cambios y continuidades en las organizaciones políticas de los países andinos. Perú: Obra prima SRL, Pág. 126. Sucede que durante las primeras décadas del siglo XX el poder en

Tal bipartidismo se vio fortalecido por el carácter oligárquico que caracterizó la participación política con anterioridad a la Carta del 91, en el cual el financiamiento partidista corrió por cuenta de los líderes políticos y, en cierta medida, de los militantes. El financiamiento de los partidos era un asunto privado, de manera más precisa, un asunto de ricos<sup>8</sup>. Solo los más adinerados podían hacer política, pues eran estos quienes tenían la capacidad de sortear todos los gastos que implica la existencia y funcionamiento de un partido, y cuando no se tenía el poder económico suficiente, se acudía a mecanismos de financiación oscuros y clientelistas en los que se instrumentalizaba al Estado para financiar la propia carrera política<sup>9</sup>. El efecto de tal estado de cosas, aunque conveniente para algunos pocos, fue la obstaculización de una política democrática “basada en mejores reglas de juego y con garantías reales de competir, aparte de la riqueza o del abuso de los bienes públicos”<sup>10</sup>.

No obstante, en Colombia, a partir de 1985, con la expedición de la Ley 58, se comienza a vivir un proceso de fortalecimiento democrático que se desarrolla a través de diferentes reformas políticas. Entre estas, destaca la expedición de la Constitución Política de 1991 que reconoce los principios de democracia, pluralismo y participación como ejes centrales del sistema político democrático. Para darle desarrollo a estos postulados, se ha buscado promover una mayor institucionalización del sistema de partidos<sup>11</sup> y, no menos importante, robustecer y reglamentar el sistema de financiación político. Entre otros, se le ha otorgado al Estado un papel mucho más protagónico consistente en aportar gran parte de los recursos con los que en la actualidad se deben financiar las campañas y organizaciones políticas. El cambio

---

Colombia fue disputado por grandes colectividades que tenían una visión particular y diferente de lo público y del Estado. Unos eran liberales, los otros conservadores. Ello llevó a que mediante el uso de la violencia, instituciones como la iglesia y el ejército, que representaban el conservadurismo, persiguieran constantemente a ciertos movimientos agrarios, obreros y populares, que representaban las ideas liberales. Los enfrentamientos surgidos a raíz de tales circunstancias fueron especialmente violentos entre 1946 y 1958, período llamado como “Época de La Violencia”. De esta manera, en los años 50, a través de un golpe de estado, Rojas Pinilla instaura un régimen militar que en parte tiene el objetivo de apaciguar la violencia entre liberales y conservadores. En tal régimen, al tiempo que se negoció con algunas guerrillas liberales, se desplegó una ofensiva militar contra las facciones de las autodefensas campesinas comunistas que se negaron a negociar. Por ello, grupos que habían sido perseguidos en la “Época de La Violencia”, que no tenían cabida política en el acuerdo del Frente Nacional, pasaron a consolidarse como grupos revolucionarios orientados a disputar la soberanía del Estado y a buscar una toma armada del poder central. Así, la exclusión de diferentes fuerzas políticas minoritarias fue una constante, antes y durante el Régimen del Frente Nacional. Al respecto, véase a GMH (2013): ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional, Pág. 112.

<sup>8</sup> Londoño Osorio, J. F (2013): “Evolución del Financiamiento Político, Un Proceso Incremental de Reformas” en Hernández Becerra, A (editor): Derecho Electoral de Latinoamérica. Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral. Bogotá: Consejo de Estado, Pág. 298. Según este autor: la predominancia política por parte de liberales y conservadores antes y durante el frente nacional implicó “la existencia de cierto grado de organización partidaria”. Esta situación dio lugar a que no se requiriera mayor normatividad y “solo en la medida en que la institucionalidad partidista se deterioró visiblemente, fue necesario introducir normas que regularan la vida de los partidos políticos. Como consecuencia de lo anterior, el Estado no participaba en el financiamiento de los partidos, este era básicamente un asunto privado”. Ibidem, Pág. 298.

<sup>9</sup> Ibidem, Pág. 298.

<sup>10</sup> Ibidem, Pág. 299.

<sup>11</sup> Véase Puyana, R (2012): “Las reformas políticas en Colombia, 2003-2011: ¿hacia partidos más responsables?” en Wills Otero L. y Batlle M. (compiladoras): Política y territorio. Análisis de las elecciones subnacionales en Colombia, 2011. Bogotá: PNUD, IDEA, NIMD, Pág. 19.

ha sido evidente, pues se ha permitido la participación a nuevos actores políticos que se desligan de los partidos tradicionales.

El caso colombiano nos permite ver cómo la financiación de la política juega un papel central en la democracia. Sin financiación, difícilmente habrá pluralidad política y competitividad electoral. Los recursos económicos son necesarios para que las organizaciones y los candidatos puedan participar en los procesos electorales y puedan construir estructuras políticas sólidas<sup>12</sup>. Por ello, Casas y Zovatto correctamente afirman que “si bien la democracia no tiene precio, sí tiene un costo de funcionamiento”<sup>13</sup>. A su vez, si tenemos en cuenta que hoy en día la política se desarrolla a través de contiendas altamente costosas, las afirmaciones anteriores cobran especial relevancia. Para ser competitivo en medio de certámenes tan especializados y onerosos se requiere un músculo financiero fuerte<sup>14</sup>.

Sin embargo, la relación entre democracia y dinero no solo es necesaria, sino también conflictiva, pues entraña una serie de riesgos para la legitimidad de los procesos y prácticas democráticas<sup>15</sup>; el dinero funge como un puente entre los potenciales electores y los candidatos. Es decir, el dinero crea oportunidades. Cuantos más recursos económicos se tengan para invertir en el partido o campaña política, más se tendrá ocasión de llegar a los votantes y obtener su apoyo. La competitividad electoral en una democracia plural requiere

---

<sup>12</sup> En palabras de Roll, D. y Feliciano, O. D (2010): “Introducción” en Roll, D. (editor): “¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Págs. 12-13; “En el marco de sistemas políticos democráticos contemporáneos se insiste en que la financiación de partidos y candidatos constituye una necesidad consustancial a los sistemas democráticos occidentales en los que distintas opciones políticas deben, en primer lugar, competir por la victoria electoral y, en segundo lugar, mantener sus estructuras organizativas en periodos interelectorales”. Además, la manera cómo se asignan los recursos a la política es determinante para aumentar la confianza en el sistema político, influir en los vínculos que se construyen entre los representantes y la sociedad, asegurar la existencia misma de los partidos y su institucionalización y garantizar la competitividad transparente y equitativa en el certamen electoral. Véase también, Zovatto, D (2016): “El financiamiento político en América Latina”. *Studia Politicae*, n° 40, Pág. 11.

<sup>13</sup> Casas, P. y Zovatto, D (2011): “Para Llegar a Tiempo: Apuntes Sobre la Regulación del Financiamiento Político en América Latina” en Gutierrez, P. y Zovatto, D. (editores): *Financiamiento de los partidos en América Latina*. México: IFE, IDEA, OEA, ONAM, Pág 18.

<sup>14</sup> Según la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-1153 de 2005, “el fenómeno de profesionalización de los partidos ha elevado los niveles de tecnificación de las campañas. Esto, por supuesto, ha incrementado las exigencias financieras, por lo que las democracias contemporáneas exigen gastos paulatinamente mayores con el fin de mantener el sistema representativo. La contratación de encuestas, promotores, asesores de imagen, publicistas, comunicadores, antropólogos, sicólogos, etc. Ha hecho de las campañas verdaderas empresas electorales, por lo que los recursos económicos que se necesitan para ponerlas en marcha son cada vez mayores”.

<sup>15</sup> Los efectos negativos de la corrupción política para el sistema democrático han sido claramente señalados, entre otros expertos, por Malem Seña. Según este autor, la corrupción socava la regla de la mayoría propia de la democracia, corroe los fundamentos de la moderna teoría de la representación que se sitúa en la base del ideal democrático, afecta el principio de publicidad y de transparencia, empobrece la calidad de la democracia y provoca, además, una serie de ilícitos en cascada”; Malem Seña, J (2002): *La Corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Madrid: Gedisa, Pág. 12.

cierto equilibrio en el acceso a las oportunidades<sup>16</sup>, por lo cual, la desigual distribución del dinero influye “sobre las posibilidades reales disfrutadas por los partidos y los candidatos para llevar su mensaje a los votantes”<sup>17</sup>. A su vez, dependiendo de la capacidad económica que se tenga para contribuir a la política, los individuos y los grupos sociales tendrán diferentes posibilidades de participar en las elecciones e influir sobre los candidatos y los partidos, asunto que no es para nada baladí en una democracia. Si el poder político es apenas un reflejo del poder económico, el principio de igualdad en la participación democrática, que se sintetiza en la frase “una persona, un voto”, pierde todo sentido. En este orden de ideas, la democracia es un sistema de poder alternativo capaz de compensar el poder económico<sup>18</sup>. Por ello, debe tenerse presente que no son pocas las oportunidades que tiene la corrupción para manchar y distorsionar la transparencia y competitividad de los procesos electorales y las funciones que cumplen los partidos políticos en una democracia<sup>19</sup>. Las transacciones monetarias que se hagan entre las organizaciones y campañas políticas (que son quienes eventualmente tendrán la capacidad de tomar decisiones públicas) y los donantes, son un terreno harto fértil para que se erija un mercado oscuro de favores e intercambios entre los unos y los otros, o para que se incurra en situaciones de conflictos de intereses<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> En este sentido, Bernal Pulido, C. L (1997): “Financiación de los Partidos y Movimientos Políticos en Colombia”. Derecho del Estado, 3, Pág. 129; señala: “sería muy osado afirmar con certeza que existe una relación de proporción directa entre la solvencia financiera de un partido o movimiento y su éxito electoral. Sin embargo, la experiencia demuestra que éstos necesitan recursos para sufragar su incursión en los procesos políticos y que la mayor o menor disponibilidad respectivamente redundará en mayores o menores oportunidades de obtener puestos de representación”. Por su parte, en la Sentencia C-1153 de 2005 se dice que “Aunque es difícil calcular la influencia efectiva que el capital financiero tiene en la consecución de votos, es claro que las ventajas que trae consigo una mayor afluencia de dinero repercuten en la expansión de la imagen del candidato y amplían sus límites publicitarios.” En el mismo sentido, la Sentencia C-141 de 2010 apunta que “se ha entendido que existen, desde una perspectiva fáctica, tres factores que pueden marcar la diferencia entre los candidatos en competencia, a saber: aquellas superioridades derivadas del (i) ejercicio del poder público; (ii) los recursos económicos; y (iii) el acceso a los medios de comunicación. De allí que, las legislaciones electorales contemporáneas apunten a (i) prohibir que los funcionarios públicos intervengan en política; (ii) limitar las cantidades o montos globales que pueden gastarse en las campañas, el origen de los recursos, al igual que su destinación, siendo necesaria la rendición de cuentas; y (iii) regulando el acceso de los candidatos a los medios de comunicación.” La idea en mención también es confirmada por Transparencia por Colombia (2014, p. 49): en las elecciones legislativas de 2014, a través de la comparación entre los reportes de ingresos y gastos de los candidatos con los candidatos efectivamente elegidos, se pudo concluir que a mayores ingresos, mayores posibilidades de ser elegidos.

<sup>17</sup> Casas, P. y Zovatto, D (2011): ob.cit., Pág. 18.

<sup>18</sup> Ibidem, Pág. 18.

<sup>19</sup> De acuerdo a Roll, D. y Feliciano, O. D (2010): ob.cit., Págs. 14-15; “Otro elemento problemático relacionado con el tema del financiamiento tanto de los partidos como de las campañas electorales y que forma parte central del debate actual es la corrupción política. En efecto, el problema de la financiación de la política ha adquirido una importancia cada vez mayor por sus consecuencias importantes en enturbiar la transparencia de las elecciones y deteriorar la legitimidad del sistema democrático y la ética de la administración pública. Este es uno de los problemas más sensibles y prioritarios que deben ser resueltos pues de la corrupción se desprenden las amenazas más poderosas para los partidos políticos, su misión representativa y en suma la vitalidad e integridad del sistema político en cualquier latitud”.

<sup>20</sup> La Corte Constitucional ha reconocido esos riesgos inherentes a la financiación política. En Sentencia C-1153 de 2005 señala que “La creciente participación de grandes sumas de dinero en las campañas electorales conlleva grandes riesgos para la democracia. Estos riesgos se derivan de los intereses económicos de los

Particularmente en Colombia, país que se ha caracterizado por una marcada desigualdad en la distribución de los recursos económicos; en el que el conflicto armado interno, el narcotráfico y el crimen organizado han penetrado profundamente en las estructuras sociales e institucionales, creando un ambiente de constante ilegalidad; en el que, en suma, son evidentes una ausencia del Estado de Derecho, una debilidad en la soberanía estatal, un deterioro de las instituciones y una ineficacia del ejercicio administrativo<sup>21</sup>, los riesgos inherentes a la financiación política son especialmente significativos<sup>22</sup>. Este contexto permite la aparición de escenarios nada apetecibles en materia de transparencia, igualdad y pluralismo político. En efecto, la realidad del país demuestra cómo, por un lado, de manera constante se están subvirtiendo y corrompiendo las instituciones, valores y procesos democráticos; y por otro, cómo la financiación de la política por parte del Estado no se ha realizado en condiciones de igualdad y eficacia, y no ha logrado materializar los fines que constitucionalmente persigue: propiciar la apertura equitativa del proceso democrático a todos los grupos políticos y sectores de la sociedad y blindar la política a intereses irregulares que corrompan la transparencia e igualdad en el ámbito político.

Así, por ejemplo, la deficiencia en materia de despliegue territorial por parte del Estado ha creado una marcada diferencia a nivel económico y sociocultural entre las grandes ciudades y otros ámbitos territoriales, caracterizándose estos últimos por mayores niveles de pobreza, carencia de bienes y servicios, una falta de instituciones de control que cuenten con los recursos adecuados para ejercer eficazmente funciones de fiscalización e imponer sanciones, mayor injerencia de los actores armados, una débil identificación de la ciudadanía con los valores democráticos y una desfiguración de la noción de lo público. Tal situación ha facilitado el surgimiento de fenómenos tan nocivos como la “Parapolítica”, el cual, en gran parte, se nutrió de las mencionadas circunstancias y produjo múltiples situaciones de financiamiento político irregular por parte de actores ilegales que buscaban acceder al poder en las diferentes regiones del país<sup>23</sup>.

---

diversos grupos que apoyan las candidaturas, que constituyen verdaderos grupos de presión que es necesario controlar con el fin de que no se desvirtúe la verdadera voluntad de los electores, por conducto de diferentes mecanismos de sugestión. La distorsión que la necesidad de financiación de los partidos genera en la democracia se evidencia desde la disputa por el cargo hasta el ejercicio del mismo”.

<sup>21</sup> Véase, Uribe de Hincapié, M. T (1998): “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. Revista del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, n° 13.

<sup>22</sup> En un sentido similar Roll, D y Cruz, E (2010): “Un balance del sistema de financiamiento político en Colombia” en Roll, D. (editor): “¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Pág. 21; afirman que “En contextos como Colombia el problema adquiere dimensiones preocupantes debido a la existencia de abundantes fuentes de financiación ilegales producto del narcotráfico, aunados a la incidencia de grupos armados ilegales en la política local, la despreocupación de la sociedad civil en estos problemas, la existencia de una cultura del desacato a la ley y las dificultades para llevar a cabo una correcta fiscalización de los recursos de partidos y campañas electorales”.

<sup>23</sup> Al respecto véase el texto de Roll, D y Ballen, L (2010): “Las dificultades del financiamiento de la política en Colombia y sus repercusiones en el sistema de partidos: algunas reflexiones sobre la parapolítica” en Roll, D. (editor): “¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Pág. 56. Según estos autores, “si bien la

Además, la acostumbrada incursión en prácticas corruptas<sup>24</sup> les ha arrebatado a los partidos políticos credibilidad y confianza ciudadana<sup>25</sup>. Tal desprestigio, como es de esperar, ha provocado una desconexión entre los partidos y la sociedad, influyendo en la falta de aportes por parte de sus militantes. Paralelamente, la complejidad que hoy en día caracteriza los procesos electorales y la persistencia de prácticas clientelistas acrecientan la necesidad de contar con nuevas fuentes de recursos para desarrollar sus actividades de propaganda y difusión, situación que motiva a los candidatos a que, en el mejor de los casos, incursionen en campañas de lobby ante grandes conglomerados empresariales para obtener los fondos que demanda el certamen electoral, o que, en el peor de los escenarios, acudan a actores ilegales o a vías de financiación espurias<sup>26</sup>.

Por todo lo anterior, como ya se anticipó en la introducción del trabajo, en un país como Colombia, es común que se transgredan las reglas que regulan la injerencia del dinero en la política<sup>27</sup> y que, a su vez, no haya instituciones capaces de frenar tal fenómeno.

---

incapacidad del Estado para constituir y desplegar instituciones de control dotadas de recursos e instrumentos adecuados para fiscalizar y sancionar posibles irregularidades en el nivel territorial local, es un factor que favorece la financiación irregular de la actividad política y por ende el surgimiento de fenómenos que alteran la estructura y condiciones del juego político electoral, hasta adquirir una trascendencia nacional, como el caso de la “parapolítica”; son particularmente las prácticas culturales, el imaginario entorno a lo público y otros procesos políticos de más largo alcance, como las asimetrías territoriales, los vacíos en materia de profesionalización de la actividad política y las dinámicas del conflicto armado, los que determinan la ocurrencia de este tipo de situaciones”.

<sup>24</sup> Otro ámbito en el que la financiación de la política puede ser un terreno harto fértil para la gestación de prácticas irregulares es el de la contratación estatal. Para dar cuenta de esto nos valdremos de un ejemplo en particular que a nuestro parecer es bastante diciente. Según un informe del presente año publicado por Transparencia por Colombia, denominado “Ciudadanía activa con los ojos puestos en los recursos covid-19. Segundo reporte de seguimiento a la contratación en el marco de la emergencia del COVID-19”, por lo menos 117 financiadores de campañas para alcaldías y gobernaciones en el año 2019 obtuvieron contratos en medio de la actual pandemia. De acuerdo a la investigación, en las campañas locales estos 117 financiadores aportaron 4.769 millones de pesos y, ahora, el valor de los contratos que están recibiendo es tres veces mayor, pues han recibido en el marco de la pandemia negocios por 12.553 millones de pesos. Aunque, si se respetan los límites relativos al valor de los aportes y se presenten los correspondientes informes, la celebración de contratos con personas naturales y/o jurídicas que financian campañas políticas no está prohibida, los datos en mención dan cuenta del riesgo que la financiación política representa para la objetividad de la administración pública. Es probable que en no pocos de estos casos en comento pueda establecerse alguna relación entre los aportantes y los contratos, por lo cual, el incentivo para contratar podría estar viciado, de manera que se podría afectar la idoneidad y objetividad en la selección de los contratistas. Cfr. Transparencia por Colombia (2020): Ciudadanía activa con los ojos puestos en los recursos covid-19. Segundo reporte de seguimiento a la contratación en el marco de la emergencia del COVID-19. Bogotá: Transparencia por Colombia. Págs. 7-8. Recuperado de: <https://transparenciacolombia.org.co/2020/06/12/contratacion-publica-covid/>

<sup>25</sup> Este es un fenómeno constatable no solo en Colombia, sino en gran parte de los países latinoamericanos. Al respecto, Zovatto, D (2016): ob.cit., Pág. 12; señala: “El tema de las finanzas de los partidos en la política latinoamericana adquiere aún mayor relevancia por su íntima conexión con la crisis de credibilidad de los mismos y el desencanto con el sistema democrático por el que atraviesa, en distintos grados, buena parte de los países de la región”.

<sup>26</sup> Roll, D y Ballen, L (2010): ob.cit., Págs. 53-57.

<sup>27</sup> El incumplimiento de estos límites también puede verse fomentado por el hecho de que en materia de financiación estatal, particularmente en materia de financiación pública directa para las campañas políticas, es evidente una inoperancia por parte del Estado. Para explicar esto ello nos valdremos de lo ocurrido en las elecciones legislativas de 2014 y 2018. Según cifras obtenidas por Transparencia por Colombia (2014): ob.cit.,

### 3.3. Marco normativo

#### 3.3.1. Las normas que integran el sistema de financiación político colombiano

En efecto, los riesgos que hay detrás de un inadecuado financiamiento político han hecho que en Colombia se haya ido edificando, a través de diversas reformas legales<sup>28</sup>, un sistema de financiación político constituido por todo un abanico de instrumentos, normas, límites, reglas, sanciones, autoridades y prácticas de carácter legal en los que se dispone la manera en que debe financiarse la política. Cuestiones como los topes de gastos que deben respetar las campañas y los partidos políticos, las fuentes y porcentajes permitidos de financiación, los procedimientos estipulados con los que deben rendirse cuentas, las sanciones aplicables ante los casos de incumplimiento, entre otros, son los aspectos que se han regulado a través

---

Págs. 42-45; a través del aplicativo “Cuentas Claras”, en las elecciones legislativas de 2014, de un total de 44.989 millones de pesos aprobados por parte del Estado para las organizaciones políticas por concepto de anticipos, solo fueron reportados 14.727 millones de pesos. Es decir, de 44.989 millones de pesos, efectivamente solo fueron entregados 14.727 millones de pesos. Estos dineros que en principio llegan a las organizaciones políticas, luego deben ser girados a las campañas de los candidatos. A su vez (dado que las organizaciones se quedan con una parte de esos dineros para financiar sus campañas institucionales), por parte de los candidatos solo fueron reportados 12.559 millones de pesos, lo cual, representa 6% del total de los ingresos de las elecciones legislativas de 2014 (cuando el artículo 22 de la Ley 1475 de 2011 permite a las organizaciones políticas que inscriban candidatos pedir al Estado por concepto de anticipos hasta el 80% del total de gastos aprobados). Así, en las elecciones legislativas del 2014 solo el 20% de los candidatos recibieron contribuciones del Estado por concepto de anticipos. Estas cifras coinciden con el hecho de que en las mismas las principales fuentes de financiación de los candidatos fueron privadas, siendo el principal rubro los recursos propios (aproximadamente el 37% del total de ingresos). En las campañas legislativas del 2018, según informe de Transparencia por Colombia (2018): Financiación de campañas políticas 2018. Recuperado de: <https://transparenciacolombia.org.co/2019/03/05/financiacion-de-campanas-politicas-2018/>; la situación no fue muy diferente. En estas los anticipos ascendieron a solo el 6.18% del total de ingresos de las elecciones. De este total, el 36,82% corresponde a créditos o aportes provenientes del patrimonio de los candidatos. Finalmente, en cuanto a la financiación pública vía reposición de votos, Transparencia por Colombia (2014): ob.cit., Pág. 45; menciona lo lento que fue el proceso de reposición de gastos por los votos obtenidos luego de las elecciones legislativas de 2014, proceso que está a cargo del CNE.

<sup>28</sup> De hecho, en Colombia, uno de los motivos determinantes para impulsar reformas legales en el ámbito de la financiación política han sido los grandes escándalos de corrupción en los que, entre otras, se vieron involucradas prácticas de financiación ilegal y corrupta de partidos y campañas políticas. Por ejemplo, ello claramente ocurrió con el Acto Legislativo 01 de 2009 y la Ley 1475 de 2011. Como ya se explicó en la introducción del texto, en el 2006, se empezó a destapar en Colombia uno de los casos más abrumadores de corrupción vistos. Se lograron constatar los vínculos de una cantidad exorbitante de congresistas con el paramilitarismo. Este fenómeno, que se le dio el nombre de “Parapolítica”, se tradujo en una de las infiltraciones más significativas por parte de grupos ilegales en el congreso colombiano, dándose que, entre otras conductas, fueron los mismos grupos ilegales quienes se encargaron de financiar y organizar las campañas de varios parlamentarios. La debilidad del sistema político para evitar la ilegalidad y corrupción se volvió a hacer manifiesta. Fue claro que los avances alcanzados hasta el momento eran aún insuficientes. La parapolítica permitió que se salieran a la luz puntos que, a pesar de haber sido abordados en el pasado, demostraban la vulnerabilidad del sistema de partidos políticos colombiano. Sin lugar a dudas, entre estos puntos se encontraba el sistema de financiación político. En este sentido, Puyana, R (2012): ob.cit., Pág. 23; comenta que “el fenómeno de la parapolítica trajo a colación otra serie de aspectos que, aunque se habían abordado en el pasado, no habían tenido mayores avances. Éstos tenían que ver con la toma de decisiones dentro de los partidos, los mecanismos de democracia interna, la participación política de las mujeres, el financiamiento de las campañas y de los partidos políticos, entre otros”. Así, las circunstancias descritas en parte determinaron la expedición de las normas en mención.

del sistema en mención. Todo este andamiaje normativo se justifica en la medida en que logre conseguir que el papel desempeñado por el dinero en la actividad política, verdaderamente consista en fortalecer la pluralidad democrática<sup>29</sup> y no incidir negativamente en la conformación y manifestación de la voluntad popular, es decir, propiciar “la apertura del proceso democrático a nuevos grupos”<sup>30</sup>, asegurar que “las agrupaciones participantes en el proceso democrático tengan las mismas oportunidades de financiación de las actividades que despliegan en busca del éxito electoral”<sup>31</sup> y garantizar autonomía de los candidatos y partidos políticos elegidos frente a las posibles injerencias corruptas.

De esta manera, en 1985, a través de la Ley 58, se establecieron por primera vez regulaciones relativas a la financiación política, las cuales, reconocían la financiación privada como la principal fuente de ingresos.

Luego, se expide la Constitución Política de 1991, que, entre otros, le impone al Estado el deber de contribuir con la financiación de la política. Así, la financiación privada dejó de ser el único mecanismo de financiación política en Colombia y se elevó a rango constitucional la financiación mixta (privada y pública) de los partidos y movimientos políticos y campañas políticas.

Para darle desarrollo a los nuevos postulados constitucionales, se expide la Ley 130 de 1994, que regula de manera mucho más amplia el tema del financiamiento político. Ésta, con el objetivo de fomentar el papel protagónico que debe tener el Estado en cuanto a la promoción de la participación plural en la contienda democrática, reconoce que el mismo debía contribuir no solo con la financiación del proceso electoral, sino también con el financiamiento de la actividad permanente de los partidos. Además, en sus artículos 14 y 28, regula aspectos puntuales relativos a los aportes de los particulares a las campañas políticas.

Luego, a través del Acto Legislativo 01 de 2003, se introducen en la Constitución Política algunos cambios en la materia. Estos se centraron en el aumento del monto de financiamiento público destinado al funcionamiento de las organizaciones políticas y a la financiación de campañas. Además, se especificó la manera en que el Estado habría de concurrir con el financiamiento de las consultas populares que tienen lugar al interior de la actividad de los partidos y movimientos políticos y, por primera vez, se establecieron sanciones relativas a la

---

<sup>29</sup> Sin embargo, como bien apuntan Roll, D y Cruz, E (2010): ob.cit., Pág. 26; “un sistema de financiamiento político hace referencia a un conjunto más amplio de elementos que exceden las disposiciones jurídicas (...) De allí que el sistema de financiamiento no opere simplemente en relación con el cumplimiento de normas, sino que también se vea influido por condicionantes culturales y políticos”. Por su parte, Casas, P. y Zovatto, D (2011): ob.cit., Pág. 28; plantean la siguiente definición: El sistema de financiación político “es el conjunto de normas que regula el indispensable flujo de recursos económicos hacia el sistema político y desde este último. Es el marco normativo dentro del cual los partidos y los candidatos pueden actuar legalmente para obtener y gastar recursos económicos para sus actividades, y dentro del cual las personas físicas y jurídicas —tanto públicas como privadas— pueden financiar esas actividades. Asimismo, el SFP define los instrumentos legales para supervisar y respaldar coercitivamente la aplicación de ese marco normativo”.

<sup>30</sup>Bernal Pulido, C. L (1997): ob.cit., Pág. 128.

<sup>31</sup> Ibidem., Pág. 129.

violación de los topes de gastos, consistentes en la pérdida de investidura y del cargo a quienes incumplan tales topes.

Después, la Ley 996 de 2005, que desarrolla el Acto legislativo 02 de 2004, buscando igualdad en las elecciones presidenciales, efectúa un cambio importante: permite, por primera vez en la legislación colombiana, que los candidatos a la Presidencia de la República reciban anticipos en dinero para la financiación de su actividad proselitista.

Más tarde, en vista de las deficiencias que hasta el momento había demostrado tener la regulación existente sobre la financiación política, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009 se buscó, entre otros objetivos, sentar las bases para fortalecer el sistema de responsabilidad de los partidos y sus miembros, mejorar la forma en como el Estado aportaba recursos a la política y prohibir ciertas fuentes de financiación. Esta reforma constitucional fue desarrollada por la Ley 1475 de 2011, norma que constituye el avance más importante que hasta ahora se ha realizado en Colombia en materia de financiación política.

Mediante esta ley, además de otras modificaciones, se introduce el pago de anticipos de dinero por parte del Estado para todas las clases de campañas políticas, abriendo la posibilidad de que los candidatos cuenten con un ingreso previo al certamen electoral; se establece un sistema de responsabilidad para las organizaciones políticas, sus directivos y los candidatos; se estipula una amplia regulación respecto de las fuentes de financiación prohibidas y permitidas; se le prohíbe a las organizaciones y candidatos obtener créditos o recaudar recursos originados en fuentes de financiación privada por más del valor total de gastos permitidos en la respectiva campaña; se limitan las donaciones prohibiéndose el recaudo de contribuciones y donaciones individuales superiores al 10% del total de gastos de la campaña y enriquece la regulación en materia de presentación de informes y rendición de cuentas.

Finalmente, a través de la Ley 1864 de 2017, se incorporan al código penal colombiano los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” (art. 396A), “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” (art. 396B) y “omisión de información del aportante” (art. 396c).

Tal y como habíamos mencionado en los capítulos anteriores, en el presente trabajo nos centraremos en esta última reforma legal. La adecuada aplicación del principio de proporcionalidad no solo requiere entender en qué consisten los delitos de financiación ilegal de campañas políticas y qué papel juegan en el ordenamiento jurídico, sino también explicar en que radica la importancia que tiene el tema de la financiación política, y las reglas que la gobiernan, en una democracia. De ello nos ocupamos en las páginas anteriores. Pero también, es preciso entender que es lo que específicamente se está regulando con los delitos estudiados, esto es, el objeto material de los mismos. De ello nos ocuparemos en las páginas siguientes.

### 3.3.2. Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas

Como ya se dijo, la Ley 1864 de 2017, que se expide con el objetivo de proteger los mecanismos de participación democrática contemplados en el sistema electoral colombiano<sup>32</sup>, introduce en el título XIV -Delitos contra mecanismos de participación democrática- del código penal colombiano los delitos de financiación ilegal de campañas políticas. Estos rezan de la siguiente manera:

*“Artículo 396A. Financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas. El gerente de la campaña electoral que permita en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.*

*En la misma pena incurrirá el respectivo candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente que realice la conducta descrita en el inciso anterior.*

*En la misma pena incurrirá el candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral.*

*En la misma pena incurrirá el que aporte recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.*

*Artículo 396B. Violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales. El que administre los recursos de la campaña electoral que exceda los topes o límites de gastos establecidos por la autoridad electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa correspondiente al mismo valor de lo excedido e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo”.*

*Artículo 396C. Omisión de información del aportante. El que no informe de sus aportes realizados a las campañas electorales conforme a los términos establecidos en la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”<sup>33</sup>.*

En primer lugar, obsérvese que, como ya lo sugiere su título, los delitos objeto de estudio se encaminan a proteger la correcta financiación privada de las campañas electorales, dejando por fuera la tutela penal de la financiación para el funcionamiento de las organizaciones políticas. Ello a diferencia, por ejemplo, de la legislación española, que en los artículos 304

---

<sup>32</sup> Cámara de Representantes (2015): “Proyecto de Ley número 017 de 2015 Cámara” en Gaceta 511 de 2015.

<sup>33</sup> Ley 599 de 2000, Código Penal de Colombia.

bis<sup>34</sup> y 304 ter<sup>35</sup> del código penal le da consecuencias penales a casos de financiación ilegal de partidos políticos<sup>36</sup>.

En segundo lugar, véase que los delitos citados constituyen tipos penales en blanco que específicamente castigan conductas en las que se violan las normas relativas a las fuentes prohibidas de financiación de campañas políticas, a los topes de gastos permitidos para las campañas políticas y a la rendición de cuentas de los aportes efectuados en el ámbito de las campañas electorales. Estos temas, como explicaremos a continuación, se encuentran regulados en la Constitución Política y en las leyes 130 de 1994, 996 de 2005 y 1475 de 2011.

Respecto de las fuentes prohibidas de financiación de campañas electorales, por un lado, la Constitución Política, en su artículo 109, prohíbe a las organizaciones políticas financiar sus campañas electorales a través personas naturales o jurídicas extranjeras, y en su artículo 110 prohíbe a las personas que desempeñan funciones públicas hacer contribución tanto a las organizaciones políticas como a los candidatos. Por otro, la Ley 1475 de 2011, en su artículo 27, prohíbe múltiples fuentes de financiación política<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> El artículo 304 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala: “1. Será castigado con una pena de multa del triple al quíntuplo de su valor, el que reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos. 2. Los hechos anteriores serán castigados con una pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa del triple al quíntuplo de su valor o del exceso cuando:

a) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, de importe superior a 500.000 euros, o que superen en esta cifra el límite fijado en la letra b) del aquel precepto, cuando sea ésta el infringido.

b) Se trate de donaciones recogidas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, que superen el importe de 100.000 euros.

3. Si los hechos a que se refiere el apartado anterior resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

4. Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.

5. Las mismas penas se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

<sup>35</sup> El artículo 304 ter de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones. 3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.”

<sup>36</sup> La norma administrativa a la que remite el delito contenido en el artículo 304bis es el artículo 5, numeral 1, de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre la financiación de partidos políticos. En este se dispone que: “Los partidos políticos no podrán aceptar o recibir directa o indirectamente: a) Donaciones anónimas, finalistas o revocables. b) Donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales. c) Donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

<sup>37</sup> Según el artículo 27 de la mencionada ley, quedan prohibidas las siguientes fuentes de financiación de los partidos, movimientos políticos y campañas:

En relación a los topes de gastos permitidos para las campañas políticas, la Ley 1475 de 2011, en su artículo 24, establece que “los límites de gastos de las campañas electorales a los distintos cargos y corporaciones de elección popular serán fijados por el Consejo Nacional Electoral en el mes de enero de cada año, teniendo en cuenta los costos reales de las campañas, el correspondiente censo electoral y la apropiación presupuestal para la financiación estatal de las mismas”. Dado esto, para saber cuáles son tales límites, deberá acudir a la correspondiente resolución que expida el CNE regulatoria de las respectivas elecciones. Por su parte, la Ley 996 de 2005, que regula las campañas presidenciales, en sus artículos 12 y 13, señala que “el tope de gastos de las campañas presidenciales del año 2006 será de diez mil millones de pesos (\$10.000.000.000) para la primera vuelta. Para la segunda vuelta presidencial, si la hubiere, el tope será de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000)”. Estos valores “se reajustarán anualmente de acuerdo con el aumento del índice de precios al consumidor”, que es aportado por el DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística).

En cuanto a la rendición de cuentas por parte de los aportantes en el ámbito de las campañas electorales, debe decirse que no existe norma administrativa alguna que obligue a los contribuyentes a informar sobre los aportes que realicen a las campañas políticas, pues tal obligación se encuentra, según el texto legal, en cabeza de los candidatos, gerentes de campaña y directivos de las organizaciones políticas<sup>38</sup>, que son quienes reciben tales contribuciones.

En tercer lugar, adviértase que con la introducción de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas en el código penal el legislador colombiano decide, por un lado, atribuirle consecuencias penales a ciertas situaciones que, dada la normativa al respecto, no pueden ser

---

“1. Las que provengan, directa o indirectamente, de gobiernos o personas naturales o jurídicas extranjeras, excepto las que se realicen a título de cooperación técnica para el desarrollo de actividades distintas a las campañas electorales.

2. Las que se deriven de actividades ilícitas o tengan por objeto financiar fines antidemocráticos o atentatorios del orden público.

3. Las contribuciones o donaciones de personas titulares del derecho real, personal, aparente o presunto, de dominio, respecto de bienes sobre los cuales se hubiere iniciado un proceso de extinción de dominio.

4. Las contribuciones anónimas.

5. Las de personas naturales contra las cuales se hubiere formulado acusación o imputación en un proceso penal por delitos relacionados con la financiación, pertenencia o promoción de grupos armados ilegales, narcotráfico, delitos contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad.

6. Las que provengan de personas que desempeñan funciones públicas, excepto de los miembros de corporaciones públicas de elección popular, quienes podrán realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenezcan, con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen, de acuerdo con los límites a la financiación privada previstos en el artículo 25 de la presente ley.

7. Las que provengan de personas naturales o jurídicas cuyos ingresos en el año anterior se hayan originado en más de un cincuenta por ciento de contratos o subsidios estatales; que administren recursos públicos o parafiscales, o que tengan licencias o permisos para explotar monopolios estatales o juegos de suerte y azar.”

<sup>38</sup> Así lo disponen los artículos 18 y 19 de la Ley 130 de 1994, los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 996 de 2005 y los artículos 19 y 25 de la Ley 1475 de 2011.

sancionadas a través del derecho administrativo y, por otro, darle consecuencias penales a otras situaciones que sí podían ser castigadas a través del derecho administrativo. Así, las sanciones no penales hasta ahora existentes en materia de financiación política no abarcan ciertos supuestos en los que, aunque pudiera decirse que contrarían la normatividad que compone el sistema de financiación político, no se prevé consecuencia jurídico-administrativa alguna, como seguidamente se expone:

El artículo 39 de la Ley 130 de 1994 señala que las organizaciones políticas y los candidatos podrán ser sancionados con multas si llegasen a incumplir las normas contenidas en la mencionada ley<sup>39</sup>. Sin embargo, aunque en sus artículos 18 y 19 se obliga a las organizaciones políticas y a los candidatos a presentar ante el CNE informes públicos sobre los ingresos obtenidos y los gastos realizados durante las campañas, dicha ley no prohíbe fuentes de financiación para las campañas políticas ni estipula límites a los gastos de las mismas, cosa que solo se hace en la Ley 1475 de 2011. Por su parte, esta última Ley solo estipula sanciones para los directivos de las organizaciones políticas que, entre otras faltas, incumplan los deberes de diligencia en la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la organización, funcionamiento y financiación de las organizaciones políticas, permitan la financiación de las campañas electorales con fuentes de financiación prohibidas o violen (o toleren la violación) de los toques o límites de ingresos y gastos de las campañas electorales. Además, cuando los candidatos sobrepasen los límites de los montos de gastos de las campañas electorales, la Ley prevé la pérdida del cargo. Por otro lado, la Ley 996 de 2005, en su artículo 21, señala que el CNE, de comprobarse incumplimiento alguno de las normas contenidas en esta, podrá imponer diferentes sanciones de índole administrativa. No obstante, tales sanciones recaen sobre la campaña como tal (congelación de los giros, devolución de los recursos, o multas) o sobre el candidato (puede presentarse la pérdida del cargo), y aunque la Ley 996 de 2005 sí especifica ciertos toques a los gastos de las campañas, no estipula fuentes prohibidas para la financiación de las mismas y pone en cabeza de los gerentes de campaña (que para las campañas presidenciales son obligatorios) la responsabilidad de respetar los límites a los toques de gastos e informar sobre las expensas en que se incurra.

Lo anterior significa que cualquiera que no sea directivo de la organización política correspondiente (ya sea que se trate de un gerente de campaña o de un candidato o de cualquier persona que aporte recursos a la campaña electoral) y financie la campaña política a través de una fuente prohibida, no podrá ser sancionado por vía administrativa. Es decir, para los sujetos activos del delito de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, contenido en el artículo 396A, no se prevé sanción administrativa alguna cuando no sean directivos de la organización política.

---

<sup>39</sup> En este artículo además se señala que otras personas diferentes a las organizaciones políticas y a los candidatos podrán ser multadas cuando violen las disposiciones del estatuto en mención. Sin embargo, no se especifica cuáles serían esas personas.

Algo parecido ocurre con el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” contenido en el artículo 396B: solo cuando aquel que administra los recursos de la campaña electoral es el propio candidato o es un directivo de la organización política correspondiente, podrá ser sancionado a través del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 (cuando se trata del candidato) y a través del artículo 11 del mismo estatuto (cuando se trata del directivo) en los casos en que se violen las normas relativas a los topes de los gastos para las campañas electorales. Si se trata de una persona diferente a las mencionadas, como por ejemplo un gerente de campaña que no sea directivo del partido político<sup>40</sup>, no existe sanción administrativa que se le pueda aplicar.

Con relación al delito de “omisión de información del aportante”, contenido en el artículo 396C, tampoco existe sanción administrativa alguna para aquellos que hagan aportes a las campañas políticas y no efectúen los informes correspondientes, a no ser que tales aportantes que sean los mismos directivos de las organizaciones políticas o los candidatos independientes<sup>41</sup>.

En otras palabras, algunos de los supuestos en los que no hay sanción administrativa aplicable son los que precisamente quedaron contenidos en los delitos tipificados en los artículos 396A, 396B y 396C y, por ende, empiezan a tener consecuencias jurídicas; particularmente, consecuencias jurídico-penales. Por ello, el legislador acude al derecho penal en aras de solventar ciertos vacíos en el ámbito jurídico administrativo.

---

<sup>40</sup> Aunque la Ley 996 de 2005 prevé como sanción para el candidato, en su artículo 21, la pérdida del cargo, en las campañas presidenciales el encargado de administrar los recursos y cumplir las disposiciones relativas a los topes de gastos es el gerente de campaña, que en todo caso debe ser una persona diferente al candidato y cuya designación es obligatoria, según el artículo 16 del estatuto en mención. Como ya se dijo, esta ley no prevé sanción administrativa alguna para el gerente de campaña. Por otra parte, no sobra explicar que, en principio, el encargado de administrar los recursos de una campaña es el respectivo candidato. No obstante, dependiendo del monto del límite de gastos de la campaña, es obligatorio que la administración de estos recursos sea delegada por el candidato a un gerente de campaña. Esto sucede, como acabamos de explicar, en las campañas presidenciales, pero también en las campañas electorales diferentes a las presidenciales en donde el monto máximo de gastos es superior a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. En estos casos, el gerente de campaña es quien administra los recursos provenientes de fuentes privadas a través de una cuenta única de la cual él es responsable. Esto, según el artículo 25 de la Ley 1475 de 2011.

<sup>41</sup> Según el artículo 19 de la Ley 130 de 1994, los candidatos independientes deberán presentar informe sobre los ingresos a las campañas políticas. Por esto, cuando los candidatos independientes no cumplan tal disposición, podrán ser sancionados a través del artículo 39 de la misma Ley.

## 4. MARCO VALORATIVO

### 4.1. Planteamiento

En el capítulo anterior quedó claro que la adecuada financiación de la política juega un papel fundamental para el correcto funcionamiento de la democracia. En este sentido, los límites y reglas que disponen las maneras en que debe ser financiada la política son esenciales para que la misma pueda materializar los objetivos que la justifican: garantizar la pluralidad política y proteger la voluntad popular.

Así, el legislador colombiano, a través de la introducción de los delitos contenidos en los artículos 396A, 396B y 396C, acudió a la vía penal para intentar prevenir algunas conductas que transgreden esos límites que rigen en el ámbito de la financiación política. Particularmente, se hace uso del derecho penal para tutelar el cumplimiento de las normas administrativas relativas a las fuentes prohibidas de financiación de las campañas políticas, a los topes de gastos de las campañas políticas y a la presentación de informes de los aportes que se hagan a las campañas políticas.

Dada la importancia que reviste el ámbito de la financiación política para los estados democráticos, cabe entonces preguntarnos en qué medida es acertada la decisión del legislador de penalizar las conductas descritas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas. Conviene interrogarnos si a través de los delitos estudiados, el legislador colombiano, en aras a proteger la salud de la democracia, acudió a la vía correcta, de la manera correcta. Como se verá a lo largo del texto, el camino que lleva a la respuesta de tales cuestiones está plagado de preguntas que deben ser abordadas. Por ejemplo: ¿Cuáles son los daños concretos susceptibles de producirse por las conductas prohibidas? ¿Qué garantías constitucionales se verían afectadas negativamente mediante las prohibiciones y sanciones penales? Los delitos estudiados, ¿se orientan efectivamente a la consecución de su finalidad? ¿Cuál sería la vía más eficaz y menos lesiva para tutelar el correcto funcionamiento de la democracia? ¿La vía del derecho administrativo sancionador? ¿La vía del derecho penal? Si el legislador tenía razón en acudir a esta última vía, ¿lo hizo de la manera correcta, utilizando la técnica más afín con los derechos fundamentales?, etc.

En cualquier caso, se podrá apreciar que la contestación a estas cuestiones no es otra cosa que la verificación de la compatibilidad de los delitos objeto de análisis con los diferentes valores y principios acogidos en el ordenamiento jurídico en el que se insertan, pues estos interrogantes, en últimas, hacen referencia a la legitimidad material de los delitos indicados. Así las cosas, por diversas razones que serán expuestas en páginas posteriores, creemos que un instrumento adecuado para llegar satisfactoriamente a las respuestas buscadas es el principio de proporcionalidad.

Dicho lo anterior, en el presente capítulo, en primer lugar, se hará una exposición de ciertas construcciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, se hará mención de algunas de las críticas que la doctrina ha formulado en contra de este instrumento como herramienta de legitimidad material de las leyes penales. Finalmente, se hará toma de postura, de manera que, primero, se explicará porque, a pesar de las críticas señaladas y de la existencia de otros modelos de legitimación de leyes penales, se optará por acudir al principio de proporcionalidad como criterio para determinar la legitimidad de los delitos estudiados; segundo, a partir de ciertas valoraciones críticas, se dirá cuáles de los modelos y construcciones del principio de proporcionalidad explicados en la primera parte del capítulo no serán asumidos y cuáles sí serán asumidos.

## **4.2. Los modelos doctrinales y de los tribunales constitucionales del principio de proporcionalidad en materia penal**

### *4.2.1. Consideraciones previas*

En el presente apartado, como modelo doctrinal, se explicará el modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por la profesora Lopera Mesa<sup>42</sup>. Esto porque, la extensión y objetivos del trabajo no nos permiten hacer un análisis más global de los diferentes modelos desarrollados por la doctrina, que son numerosos. Tal ejercicio, requeriría la efectuación de un trabajo autónomo sobre el principio de proporcionalidad. Por esto, se decidió hacer una exposición del modelo que a nuestro criterio es el más convincente. De todas maneras, a lo largo del recorrido, la explicación se enriquecerá a partir de los planteamientos que otros autores han realizado en torno a los presupuestos y criterios del principio de proporcionalidad.

Sobre las construcciones del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia, se tomará como referencia algunas sentencias de los tribunales constitucionales colombiano y español en las se ha utilizado el principio de proporcionalidad como herramienta para evaluar la legitimidad de leyes penales. Dado que no es posible afirmar que en tales ámbitos se ha adoptado un modelo particular del principio de proporcionalidad, sino que, por el contrario, se ha acudido a diferentes construcciones de la herramienta, de manera general se explicarán los rasgos distintivos que pueden predicarse del uso de dicha herramienta por parte de los tribunales en mención.

### *4.2.2. El modelo doctrinal del principio de proporcionalidad en materia penal desarrollado por Lopera Mesa*

Antes de explicar cada una de las etapas argumentativas que estructuran la propuesta de la profesora Lopera Mesa, es preciso abordar algunos aspectos conceptuales necesarios para entender con claridad el modelo en mención.

---

<sup>42</sup> Tal modelo puede consultarse en Lopera Mesa, G. P (2006): Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

#### 4.2.2.1. Presupuestos teóricos del modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa

- Definición

Para Lopera Mesa el principio de proporcionalidad es un instrumento de control de constitucionalidad de intervenciones legislativas en derechos fundamentales. A grandes rasgos, se trata de una herramienta a través de la cual se logrará determinar si las restricciones que el legislador impone a los derechos fundamentales mediante la expedición de leyes resultan admisibles a la luz de la Constitución<sup>43</sup>. Para ello, proporciona una serie de criterios argumentativos que permiten verificar hasta qué punto una norma satisface los postulados constitucionales, singularmente, aquellos referidos a derechos fundamentales.

- El principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa

Dado que el principio de proporcionalidad no goza de consagración expresa en la Constitución colombiana (ni tampoco en la española), este debe concebirse como un criterio de interpretación, como una herramienta argumentativa, y no como un principio jurídico en sentido estricto. Es decir, este no es un canon de constitucionalidad autónomo. Visto así, los límites serán los derechos fundamentales y no el principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>44</sup>.

- El principio de proporcionalidad y el concepto de derecho fundamental

Por otra parte, a efectos de entender cómo opera la herramienta en cuestión, una segunda precisión que conviene realizar tiene que ver con el concepto de derecho fundamental. Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales constituirán el marco de referencia que nos dirá hasta qué punto una intervención legislativa es legítima o no, es preciso asumir un concepto determinado de los mismos que ayude a entender cómo están estructuradas estas figuras y cuál es su contenido. Así, Lopera Mesa asume una concepción conflictivista de los mismos, bajo la cual, serán concebidos como mandatos de optimización<sup>45</sup>. Entre otras cosas,

---

<sup>43</sup> Ibidem, Págs. 43 y sig.

<sup>44</sup> Según Lopera Mesa, el principio de proporcionalidad en sentido amplio ha sido visto por un importante sector de la doctrina como un “límite de los límites” de los derechos fundamentales. Esta concepción implica entender que el principio de proporcionalidad “funciona como un parámetro de constitucionalidad autónomo, como una barrera jurídica adicional creada por la jurisprudencia constitucional que viene a sumarse al límite representado por los derechos fundamentales y que puede operar con independencia de éstos”. En este sentido, la autora comenta que “la consideración del principio de proporcionalidad como un límite adicional e independiente respecto de los derechos fundamentales parece ignorar que el objeto del control de constitucionalidad es determinar si las restricciones que el legislador impone a los derechos fundamentales resultan admisibles a la luz de las disposiciones iusfundamentales que son, al lado de los demás preceptos constitucionales, el único canon material de constitucionalidad de tales intervenciones”. Cfr. Ibidem, Págs. 49-50.

<sup>45</sup> Lopera Mesa, en gran parte, basa su modelo en las concepciones teóricas de Alexy. Este autor ve los derechos fundamentales como estructuras normativas complejas que contienen normas de validez *prima facie* (principios) y normas de validez definitiva (reglas). Así, define el derecho fundamental como un conjunto de

ello implica definir los derechos fundamentales como estructuras normativas complejas cuyo contenido debe definirse a partir de un proceso particular: en un primer momento, por la concreción de su ámbito de protección inicial. En un segundo momento, por la concreción de su ámbito de protección definitivo. Veamos en que consiste esta idea:

El ámbito de protección inicial del derecho fundamental o, en otras palabras, el contenido inicial del derecho fundamental, se encuentra conformado por toda norma o posición que presente alguna característica que se pueda vincular al campo semántico del derecho fundamental. Sin embargo, ese contenido inicial solo será válido en principio, pues puede haber razones que se opongan a la satisfacción del mismo. Entonces, ese contenido inicial, en primer lugar, deberá ser determinado, y en segundo lugar, deberá definirse qué parte del mismo ha de ser contenido definitivo, qué parte del mismo ha de prevalecer frente a las razones que se le oponen. Esto se hará teniendo en cuenta, por un lado, las posibilidades fácticas y materiales de satisfacción y, por otro, resolviendo las colisiones con otras normas del sistema jurídico. De esta manera, puede verse que el contenido inicial del derecho fundamental podrá ser limitado por razones fácticas o jurídicas. Una vez operen dichos límites, se obtendrá el contenido definitivo del derecho<sup>46</sup>. Como se verá, las intervenciones legislativas podrán constituir esos límites jurídicos, de manera que, para estos casos, obtener el contenido definitivo de un derecho fundamental se traduce en determinar si el mismo ha

---

normas de diferente tipo. De acuerdo a este: “las normas de derecho fundamental tienen un doble carácter, lo que quiere decir, entre otras cosas, que a las disposiciones iusfundamentales están adscriptas tanto reglas como principios. Esto significa que en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo hay que incluir tanto posiciones definitivas como prima facie. Agregarle las relaciones en las cuales se encuentran recíprocamente las posiciones no sólo es posible y no perjudicial sino también necesario si se quiere obtener un concepto teóricamente interesante del derecho fundamental un todo, es decir, un concepto que tiene como contenido algo más que sólo un ensamblamiento aditivo de posiciones. Por ello, un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones definitivas y prima facie (..) Un derecho fundamental como un todo de este tipo es algo básicamente distinto a un derecho fundamental como un todo que consiste sólo en una conjunción de posiciones definitivas. Este tiene un carácter estático; aquél, un carácter dinámico”. Alexy, R (1993): Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, Pág. 244; De esto se deriva que los derechos fundamentales sean vistos como mandatos de optimización. Para Alexy, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. Ibidem, Págs. 86-87; Véase también Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 100 y sig.

<sup>46</sup> De esta manera, la optimización del derecho fundamental corresponde a la aplicación del proceso explicado, y por ello, tal y como explica Alexy, entre el principio de proporcionalidad y los principios entendidos como mandatos de optimización hay una relación necesaria; las máximas que componen el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad) definen lo que debe entenderse por optimización. Cfr. Alexy, R (1993): ob.cit., Págs. 111-115.

de imponerse o no sobre una intervención legislativa que lo limita<sup>47</sup>. Esto requiere que sean ponderadas las razones a favor de que prospere la intervención legislativa con las razones a favor de que prospere el derecho fundamental, que son a su vez razones en contra de la intervención legislativa. El principio de proporcionalidad es entonces la herramienta argumentativa que nos permite articular tal ponderación<sup>48</sup>.

Así, dado que los derechos fundamentales no contienen normas que regulen su propia aplicación<sup>49</sup>, se precisa de un instrumento que, mediante la concreción del contenido de los mismos, permita determinar cómo ha de ser aplicado en aquellos casos en los que una intervención legislativa significa una posible afectación de estos. Dicho de otra manera, cuando existan controversias interpretativas acerca del contenido protegido por el derecho fundamental, será necesario emplear algún criterio para resolverla, pues es preciso establecer hasta dónde llega el contenido protegido por los derechos fundamentales a la luz del caso a decidir y, por lo tanto, hasta donde se extiende el espacio de lo constitucionalmente necesario o imposible. Es aquí donde puede ser útil el principio de proporcionalidad; este puede fungir como ese criterio. El principio de proporcionalidad concibe los derechos fundamentales como límites a las intervenciones legislativas, nos ayuda a definir el contenido del derecho fundamental visto como límite y posibilita verificar hasta qué punto la intervención legislativa es compatible con el mismo<sup>50</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la definición de derecho fundamental, se entenderá por tal aquellos enunciados del texto constitucional que garantizan al individuo el ejercicio de libertades, le otorgan competencias o conforman un derecho a que el estado y los particulares realicen o se abstengan de hacer determinadas acciones<sup>51</sup>.

- Perspectiva de prohibición de exceso vs. Perspectiva de prohibición de infraprotección

En tercer lugar, dependiendo de cómo se conciba la relación entre ley penal y derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad puede ser estructurado bajo dos perspectivas

---

<sup>47</sup> Cuando hablamos de limitación a un derecho fundamental nos estamos refiriendo a una afectación negativa que el mismo sufre en la medida en que el ejercicio de este se suprime, se impide o se dificulta. Cfr. Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit. Págs. 264-267; Lopera Mesa, G. P (2005): “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”. Revista NFP, n°67. Medellín: Universidad Eafit, Pág. 25.

<sup>48</sup> Véase Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 134-138.

<sup>49</sup> Esto se deriva de concebir los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización. De esta manera, Alexy comenta que los principios “ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”. Alexy, R (1993): ob.cit., Pág. 99.

<sup>50</sup> Véase Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Pág. 103-111.

<sup>51</sup> Ibidem, Pág. 271.

diferentes. Por un lado, en vista del fuerte componente aflictivo que puede adquirir la reacción penal, que implica, necesariamente, la afectación de un número plural de derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad ha sido estructurado desde una perspectiva cuya finalidad es evitar los excesos del poder punitivo y los sacrificios innecesarios de derechos fundamentales a través de leyes penales excesivas. Desde este punto de vista el principio de proporcionalidad constituye una prohibición de exceso; un límite a las intervenciones penales basado en la idea de que el *ius puniendi* conlleva a menudo más costes que beneficios en términos de protección de derechos fundamentales. Este es el enfoque adoptado por Lopera Mesa<sup>52</sup>.

La segunda de estas perspectivas considera que la ley penal es, por el contrario, un mecanismo de protección de derechos fundamentales, en tanto garantiza a los individuos el disfrute efectivo de sus derechos frente a amenazas provenientes de terceros. Desde este punto de vista el principio de proporcionalidad constituye una prohibición de infraprotección, en el entendido de que, en vez de preguntarnos si las intervenciones legislativas son excesivas o no, debemos indagar si tales medidas resultan insuficientes o no para la protección de los derechos fundamentales<sup>53</sup>.

- El principio de proporcionalidad y los principios limitadores del *ius puniendi*

Por otra parte, es desde el enfoque de prohibición de exceso que los juicios que integran el principio de proporcionalidad se han formulado teniendo en cuenta algunos de los principios jurídico-penales que limitan el *ius puniendi* (particularmente los de fragmentariedad (o lesividad), efectividad, subsidiariedad y proporcionalidad de las penas), precisamente, con la finalidad de evitar el empleo excesivo e injustificado del castigo penal. Este supone la integración de un conjunto de límites sustanciales al poder punitivo en una estructura conjunta: el principio de proporcionalidad<sup>54</sup>. Así, la aplicación de algunos de los juicios que conforman el instrumento es en realidad la aplicación de los principios jurídico-penales en mención.

---

<sup>52</sup> Ibidem, Pág. 259 y sig.

<sup>53</sup> De acuerdo a Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad en materia penal debe ser aplicado tanto desde la perspectiva de prohibición de exceso como desde la perspectiva de prohibición de infraprotección. Para este, “en su dimensión de derechos de defensa, la libertad general de acción y los demás derechos fundamentales prohíben que las medidas que adopte el legislador penal -la tipificación de los delitos y la fijación de las penas- sean excesivas”. Por otra parte, los derechos fundamentales “imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objetivo normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos y principios que jueguen en sentido contrario. El carácter prima facie de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva si observan las exigencias del principio de proporcionalidad”. Así, si el legislador efectúa dicha protección de manera deficiente, tal falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Bernal Pulido, C (2005): El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, Pág. 139.

<sup>54</sup> Véase Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Pág. 232 y sig.

De ahí que los criterios contenidos en el principio de proporcionalidad, como se verá en el presente capítulo, cumplan una doble función: por un lado, son una especie de pautas que permiten determinar si existen los argumentos necesarios como para que la ley penal enjuiciada pueda ser ponderada con los derechos fundamentales que afecta, aportándonos una serie de guías de diferente carácter que nos permitirán precisar, de manera global, cuáles son los costos y beneficios que conlleva la intervención penal, y así poder decidir racionalmente, a través de una ponderación completa, si es conveniente que la misma se encuentre justificada.

Por otro, fungen como límites, pues si la norma penal no presenta las características básicas como para poder ser ponderada, esto es, si no persigue un fin legítimo o si es inidónea o si es innecesaria, deberá concluirse que la misma, sin acudir todavía a la ponderación como tal, no presenta los rasgos necesarios como para que la afectación que la misma representa a los derechos fundamentales pueda encontrarse justificada, es decir, esta no tendrá el quantum de racionalidad mínima como para poder significar una afectación a un derecho fundamental. Es por esto que la herramienta en cuestión se concibe, en materia penal, como un criterio de legitimidad material.

- Legislador vs. Derechos fundamentales

Sin embargo, independientemente de que el principio de proporcionalidad se conciba como un patrón de validez que busca limitar los excesos en materia penal, su aplicación debe tener en cuenta el carácter democrático de nuestros estados constitucionales. Esto significa que a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes penales el órgano constitucional debe cumplir una función autorre restrictiva, reconociendo la amplia libertad del legislador en el diseño de la política criminal, pues, en cualquier caso, las decisiones sobre la imposición de restricciones a la libertad y otros derechos individuales deben recaer en el órgano en el que estén representados aquellos potencialmente afectados por tales decisiones. No obstante, también es cierto que los derechos de las personas son patrones de legitimidad de las decisiones de la mayoría. Así, los derechos fundamentales fungen como un límite que señala aquello sobre lo que el poder político puede decidir, dándose que la libertad que tiene el legislador para diseñar la política criminal no es discrecional ni absoluta. Paralelamente, aunque la constitución es un límite al poder punitivo, no lo predetermina ni lo define<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Como bien explica Lopera Mesa, la idea expuesta es una manifestación de la constante tensión que hay entre democracia y derechos, entre “legislador” y “órgano constitucional”. Véase que la Constitución, al tiempo que le da libertad de decisión al legislador para que determine la manera en que se van a optimizar los derechos mediante la creación de leyes, atribuye al órgano constitucional la tarea de determinar si tales intervenciones legislativas se ajustan al texto constitucional. Ahora bien, según la autora, esta tensión puede resolverse satisfactoriamente si se entiende la Constitución como un orden marco, es decir, como una norma que decide cuestiones fundamentales de la vida en sociedad, pero deja abiertas otras para que sean decididas por la mayoría; como una norma que no es puramente procedimental (que solo establece los órganos y procedimientos legítimos de decisión) ni puramente material (que exclusivamente contiene un orden objetivo de valores que determina de manera absoluta el contenido de la legislación). Esta perspectiva, que implica reconocer que la ley ha de

#### 4.2.2.2. Las etapas que conforman el modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa

Una vez explicados los presupuestos teóricos que le sirven de base a la profesora Lopera Mesa para desarrollar su modelo, es posible pasar a explicar las diferentes etapas que conforman el mismo. El principio de proporcionalidad está compuesto por cuatro etapas: la determinación de las posiciones de derecho fundamental que afecta la norma penal enjuiciada y la determinación del fin que la misma busca (que constituyen sus presupuestos), el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad estricto. Tal y como se comentó, cada una de estas etapas fungirá como un examen que debe ser superado por la norma objeto de análisis, de manera que si la misma no logra satisfacer los criterios contenidos en estas deberá tenerse por ilegítima, debiendo concluirse que no presenta las características pertinentes como para justificar la afectación de un derecho fundamental.

- Primera etapa. Presupuestos del principio de proporcionalidad

Anteriormente vimos que el principio de proporcionalidad era el instrumento que nos permitiría determinar cuál es el ámbito de protección definitivo del derecho fundamental. Esto se logra resolviendo los conflictos que surjan entre el contenido inicial del derecho y sus posibles limitantes. Este conflicto, como se explicó, está conformado por las razones a favor y en contra de consolidar esa protección inicial en una protección definitiva. Pues bien, como presupuesto a la aplicación de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se hace necesario establecer si para el caso estudiado en efecto se da dicho conflicto; habrá que determinar si hay razones para que el ámbito de protección inicial de un derecho fundamental se vea limitado. Bajo la óptica de nuestro caso, esto implica establecer si los delitos objeto de estudio podrían significar una limitación al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental. Esto se logra determinando, por un lado, si los mismos persiguen un fin legítimo, y por otro, si la posición afectada por estos tiene relevancia iusfundamental, o lo que es lo mismo, si pertenece al ámbito de protección inicial de algún derecho.

Lo anterior se traduce en que la ley penal implica una colisión entre razones a favor y en contra de su validez. Las razones en contra serán todos los derechos fundamentales que se ven afectados, ya sea de manera directa o indirecta, tanto por la definición de la conducta penalmente típica (la prohibición) como por la pena establecida. Las razones a favor constituirán los fines que se propone alcanzar el legislador con la expedición de la norma

---

someterse a vínculos sustantivos que condicionan su validez, pero que al mismo tiempo existen espacios de libertad dentro de los cuales el legislador puede desarrollar su autonomía política en procura de la máxima efectividad de los derechos fundamentales, permitirá atribuirle unos objetivos específicos al control de constitucionalidad: determinar si las intervenciones legislativas permanecen en el espacio de lo constitucionalmente permitido o si por el contrario incumplen lo prohibido o lo ordenado por la constitución. Esta tarea debe entonces ser realizada a través del principio de proporcionalidad. *Ibidem*, Págs. 75-100; Lopera Mesa, G. P (2005): *ob,cit.*, Págs. 17-24.

penal. Esto significa que es necesario precisar cuáles son las posiciones del derecho fundamental afectadas por la ley penal y si tal intervención puede fundamentarse en la persecución de un fin legítimo. Lo primero conformará las razones en contra de la constitucionalidad de la ley penal. Lo segundo conformará las razones a favor de la constitucionalidad de la norma. Estas dos determinaciones previas constituyen los presupuestos del principio de proporcionalidad<sup>56</sup>. A continuación se explicará cómo define Lopera Mesa cada uno de estos exámenes.

- Razones en contra de la constitucionalidad de la ley penal: posiciones de derecho fundamental afectadas

En este punto se determinará si la ley penal afecta el ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, sin saber aún si se trata de una intervención constitucionalmente justificada, o lo que es lo mismo, si afecta una posición perteneciente al ámbito de protección definitiva del derecho fundamental.

Para verificar si una determinada posición, o más precisamente, si la posición afectada por la ley penal, puede adscribirse o no al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, primeramente hay que determinar cuál es el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Por ámbito de protección inicial de un derecho fundamental vamos a entender cualquier norma o posición que presente alguna característica que se pueda vincular al campo semántico del derecho fundamental<sup>57</sup>. Esto significa que para determinar si la posición afectada por la intervención legislativa puede adscribirse al ámbito de protección inicial del derecho fundamental, debemos verificar si puede establecerse un vínculo semántico entre tal posición y el contenido de una disposición de derecho fundamental<sup>58</sup>.

Luego, cuando se trata de leyes penales, es preciso tener en cuenta que la afectación de disposiciones pertenecientes al ámbito de protección inicial de derechos fundamentales puede darse ya sea a través de la prohibición (a través de la definición de la conducta típica) o a través de la definición legal de la pena. Esto quiere decir que debemos distinguir los derechos fundamentales afectados por la prohibición y los derechos fundamentales afectados por la pena. Por lo tanto, una vez sometamos los delitos objeto de análisis al juicio de proporcionalidad, deberemos determinar los derechos fundamentales que se verían afectados tanto por sus prohibiciones como por sus penas<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 263 y sig.

<sup>57</sup> Esto se deriva de asumir una visión conflictivista de los derechos fundamentales, la cual, implica acoger una teoría amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, en contraposición a una teoría estrecha del supuesto de hecho, concepto que es asumido por aquellas visiones coherentistas de los derechos fundamentales. Por ejemplo, si asumimos la teoría amplia del supuesto de hecho, la libertad de expresión como derecho fundamental le otorga protección constitucional a toda acción que pueda caer en el espacio de significado del concepto “expresión”. Cfr. Ibidem, Pág. 136.

<sup>58</sup> Ibidem, Págs. 275-277.

<sup>59</sup> Ibidem, Pág. 278.

- Razones a favor de la constitucionalidad de la ley penal: el fin de las leyes penales

La razón a favor de la constitucionalidad de la ley penal constituye el fin que la misma pretende alcanzar. Como bien explica Lopera Mesa, cuando se trata de leyes penales, asumiremos que la pregunta por el fin perseguido equivale a la pregunta por el bien jurídico tutelado. Esto se deriva de la idea de que el fin legítimo del derecho penal (o por lo menos uno de ellos) es la protección de bienes jurídicos. El fin perseguido por la ley penal será legítimo si logramos concluir que el mismo constituye un bien jurídico digno de protección jurídico-penal. En este punto se hace necesario delimitar el concepto de bien jurídico y dotarlo de contenido, pues no son pocas las definiciones que sobre el mismo se han desarrollado. Debemos aclarar, sobre todo, cuando entenderemos que un determinado fin puede considerarse un bien jurídico tutelable a través del derecho penal, y por lo tanto, legítimo<sup>60</sup>.

Así, Lopera Mesa parte de una concepción trascendentalista y material del bien jurídico. Lo primero significa que se concebirá el bien jurídico como algo externo a la norma, que la trasciende. Ello implica que los criterios en los cuales nos basaremos para determinar cuándo un bien jurídico o fin puede ser merecedor de protección penal debemos definirlos a partir de fuentes no jurídicas, diferentes al derecho. Lo segundo se traduce en que solo serán tutelables a través del derecho penal realidades materiales. En otras palabras, solo podrá ser delito aquella conducta que sea apta para lesionar o poner en peligro una realidad material, una realidad separable y distinguible de una mera idea, categoría, dogma o abstracción, ya sea conceptual o jurídica<sup>61</sup>.

A su vez, se deberá valorar jurídicamente eso que se va a tutelar. Esto quiere decir que es preciso cotejar el fin de la norma penal (esto es, la realidad que se pretende proteger) con el ordenamiento jurídico, de manera que sea posible constatar que el mismo no contradice los postulados constitucionales<sup>62</sup>. Una vez agotados estos dos análisis, podremos determinar que estamos ante un fin legítimo, esto es, ante un bien jurídico digno de tutela penal. Tal constatación es lo que nos permitirá darle carácter de principio a los fines que se propone el legislador con la norma penal, lo cual, equivale a decir que estos tienen el peso suficiente

---

<sup>60</sup> Ibidem, Págs. 329-340.

<sup>61</sup> Ibidem, Págs. 336-339.

<sup>62</sup> Como bien explica Lopera Mesa, otras posturas entienden que el fin constitucionalmente legítimo de la ley penal debe ser la protección de un derecho fundamental. Otras asumen que el fin constitucionalmente legítimo debe ser la protección de un bien jurídico con rango constitucional. Según la autora “cuando se trata de enjuiciar la validez de una norma penal, el criterio que identifica fines legítimos con aquellos no proscritos por la constitución parece ser el que plantea menos inconvenientes: en primer lugar, porque es el único compatible con la autonomía de fines que ostenta el legislador allí donde la constitución no le impone ni prohíbe fin alguno (...) tal criterio se aviene mejor que otros con el entendimiento de la relación entre constitución y bien jurídico no en términos positivos o de fundamentación, sino más bien en términos negativos o de exclusión de ciertas finalidades del conjunto de bienes penalmente tutelables; visión que, por otra parte, resulta ser la única compatible con los postulados de un derecho penal mínimo”. Ibidem, Pág. 361.

como para significar una posible afectación a un derecho fundamental, que también es un principio<sup>63</sup>.

El bien jurídico, visto así, será un límite a la libertad de configuración que en materia penal tiene el legislador; un límite externo a la política criminal y a la creación de normas penales y, en suma, una materialización del principio de lesividad.

Una vez establecidos los presupuestos del principio de proporcionalidad, es posible empezar con la aplicación de los otros tres juicios que lo conforman.

- Segunda etapa. El juicio de idoneidad

En esta etapa nos preguntamos si la intervención legislativa es un medio eficaz para la consecución del fin que la misma se propone alcanzar. Para Lopera Mesa, habrá idoneidad cuando entre la norma penal y su finalidad exista una relación de causalidad positiva. Esto quiere decir que, por un lado, será idónea la norma penal que de algún modo pueda contribuir con la satisfacción del fin propuesto, y por otro, será inidónea la norma penal cuya implementación resulte negativa o indiferente en relación con el fin perseguido<sup>64</sup>. Tal determinación precisa distinguir entre la idoneidad de la conducta prohibida y la idoneidad de la pena.

La idoneidad de la prohibición requiere verificar que la conducta prevista en el tipo penal tenga la capacidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico que pretende proteger la norma. Dado que se está partiendo de un concepto material de bien jurídico, la acción típica debe entonces ser exterior, debe poder causar modificaciones en el mundo material, de manera que al menos, como mínimo, represente un peligro abstracto para el bien jurídico. Vista así, la idoneidad de la prohibición es un reforzamiento y desarrollo de los principios de lesividad y efectividad<sup>65</sup>.

Por otra parte, en el examen de la idoneidad de la pena nos preguntamos si la misma constituye un mecanismo eficaz para disuadir la realización de la conducta prohibida. Es decir, nos preguntaremos si la norma penal es eficaz para proteger los bienes jurídicos que el legislador desea tutelar de manera que sea capaz de prevenir la comisión de conductas con la

---

<sup>63</sup> Aquí debemos preguntarnos por la jerarquía normativa de los fines autónomos del legislador. Si se afirmara que solo tienen rango legal, no sería posible que puedan entrar en colisión con los derechos fundamentales que se ven afectados por la medida penal. De ser así, dicho conflicto tendría que ser resuelto aplicando el criterio jerárquico de resolución de antinomias. Esto, según Lopera Mesa, daría lugar a la “inexorable inconstitucionalidad de toda intervención legislativa en derechos fundamentales que no estuviese orientada a la realización de algún fin impuesto por principios de rango constitucional, y con ello, en definitiva, la negación de la autonomía de fines del legislador democrático”. Como solución a la anterior cuestión la autora propone considerar los fines autónomos del legislador como principios constitucionales de segundo grado, esto en razón de la función que constitucionalmente se le ha asignado al legislador. Como se verá más adelante, los principios constitucionales de segundo grado tienen un peso justificatorio menor que los principios constitucionales de primer grado (es decir, los derechos fundamentales consagrados en la constitución). Esto ha de repercutir cuando nos encontremos en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. *Ibidem*, Pág. 376.

<sup>64</sup> *Ibidem*, Págs. 387-392.

<sup>65</sup> *Ibidem*, Págs. 395-404.

virtud de lesionarlos o ponerlos en peligro. Vista así, la idoneidad de la pena es una materialización del principio de efectividad<sup>66</sup>.

- Tercera etapa. El juicio de necesidad

Vimos que, según Lopera Mesa, en el juicio de idoneidad debemos constatar que al menos hay una relación de causalidad positiva entre la norma penal y el fin que se propone alcanzar. Una vez determinado que si existe esa relación, tendremos por superado el juicio de idoneidad. Luego, el juicio de necesidad nos obliga a preguntarnos qué medios alternativos más benignos podrían alcanzar el fin propuesto. Habiendo determinado que la norma penal es idónea para alcanzar el fin que persigue, en el juicio de necesidad debemos preguntarnos si la misma, en los términos planteados por el legislador, es necesaria para alcanzar tal fin, o si por el contrario, hay otros medios más benignos a los que el legislador pueda acudir, lo cual, requiere a su vez determinar si los mismos son también idóneos para alcanzar el fin en mención.

Así, dando aplicación al juicio de necesidad de las penas, y en virtud del principio de subsidiariedad externa, debemos preguntarnos si entre otra alternativa menos lesiva que el *ius puniendi* (de naturaleza no penal) podría predicarse una relación de causalidad positiva con el fin propuesto. Puede tratarse de cualquier medio que se considere idóneo para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador, trátase ya sea de medidas desprovistas de un carácter sancionador, que impliquen un control social no jurídico, o de medidas que teniendo un carácter sancionador no efectúen el control social a través de la pena<sup>67</sup>. Superado este análisis y llegados a la conclusión de que solo el *ius puniendi* tiene la capacidad de alcanzar el fin propuesto, en virtud del principio de subsidiariedad interna, debe distinguirse, por otro lado, entre los diferentes tipos de sanciones contempladas por el derecho penal, de manera que puede encontrarse una modalidad de pena idónea y menos lesiva<sup>68</sup>.

Y, según la definición que del juicio de necesidad hace Lopera Mesa, no solo debemos preguntarnos por las diferentes sanciones al interior del derecho penal, sino que, en virtud de los postulados del principio de fragmentariedad, debemos verificar, por un lado, si hay modalidades de tipificación penal alternativa que, siendo idóneas, reduzcan el ámbito de lo prohibido y por lo tanto resulten menos invasivas para los ciudadanos. De esta manera, serán preferibles los delitos de resultado que los delitos de peligro, o los de peligro concreto en lugar de los de peligro abstracto; será más ventajoso decantarse por formas de comisión activas y evitar formas omisivas, así como optar por tipos dolosos y no imprudentes; podría explorarse, también, la posibilidad de introducir condiciones de punibilidad, mermar la pena, etc. Además, teniendo en cuenta el principio de taxatividad, podríamos además preguntarnos si se requiere una mayor determinación de la conducta prohibida, de manera que se reduzca

---

<sup>66</sup> Ibidem, Págs. 409-419.

<sup>67</sup> Ibidem, Págs. 459-484.

<sup>68</sup> Ibidem, Págs. 485-491.

el espacio de lo prohibido y se logre reducir así su lesividad. Y por otro lado, si las conductas tipificadas por el legislador ostentan o carecen de relevancia social suficiente<sup>69</sup>, de manera que si la ostentan, serán necesarias, y si no, deben descartarse por innecesarias. Estos criterios, por su parte, conforman el juicio de necesidad de las prohibiciones contempladas por el recurso penal.

De esta manera, en el juicio de necesidad, en primer lugar, debemos determinar, al igual que se hizo en un principio con la norma penal en el juicio de idoneidad, si entre los medios alternativos y el fin propuesto puede predicarse, en la medida de lo posible, a través de premisas empíricas, una relación de causalidad positiva. Luego, verificada tal relación, debemos precisar cual de todos los medios que tenemos a disposición (tanto la norma objeto de análisis como los alternativos) es más eficaz.

No obstante, en el juicio de necesidad no solo debemos preguntarnos por la eficacia de los diferentes medios en comparación, sino que debemos preguntarnos por su eficiencia. Esto porque Lopera Mesa entiende que los medios alternativos no necesariamente deben revestir la misma idoneidad que la medida penal<sup>70</sup>. La profesora colombiana advierte que los medios alternativos, al ser más benignos que la intervención penal, reportan réditos en términos de protección de derechos fundamentales, por lo cual, su menor idoneidad en cuanto al fin perseguido se puede ver compensada por su mayor benignidad en cuanto a los derechos fundamentales<sup>71</sup>.

Lo anterior evidencia que el juicio de necesidad y el juicio de idoneidad se encuentran estrechamente relacionados. Es posible afirmar que el juicio de idoneidad es un presupuesto

---

<sup>69</sup> Según Lopera Mesa, para determinar tal relevancia social debe acudir a los criterios de merecimiento de pena y de necesidad de pena. El primero se desarrolla en dos criterios: la importancia del bien jurídico afectado y la gravedad del ataque contra el mismo. El segundo remite a consideraciones preventivo-generales, como por ejemplo, la frecuencia con que se afecta al bien jurídico a través de la conducta prohibida y los efectos secundarios lesivos producto de la prohibición penal. *Ibidem*, Págs. 450-459.

<sup>70</sup> Cfr. *Ibidem*, Págs. 440-441. En la misma dirección, Prieto del Pino comenta que, si no se quiere anular la capacidad limitadora del principio de necesidad, es conveniente exigir menos eficacia a los sectores jurídicos no penales, es decir, deben aceptarse intervenciones diferentes a la penal con niveles de eficacia menores que los obtenidos por este. Esto porque la sanción penal posee ciertas características que hacen de la misma aquella de la que se puede esperar un efecto disuasorio más elevado. Esto significa que los únicos casos en los que el *ius puniendi* no saldría triunfante serían aquellos en los que el derecho penal sea manifiestamente inidóneo. Prieto del Pino, A. M (2016): “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad” en Becerra Muñoz, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M (directores): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, Pág. 304. En otra dirección apunta Bernal Pulido, para quien el medio alternativo debe gozar de una idoneidad igual o mayor que la del medio escogido por el legislador, esto para respetar la libertad configurativa del mismo. Bernal Pulido, C (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Págs. 741 y sig.

<sup>71</sup> En un sentido similar, Prieto del Pino afirma que la idoneidad debe referirse a la totalidad de los efectos que genera la protección dispensada a un determinado bien jurídico, pues dicha protección puede generar efectos sobre otros bienes jurídicos diferentes. Es decir, una medida legal idónea para alcanzar un fin determinado puede afectar negativamente otros fines socialmente valiosos. Para determinar cuáles serían estos “efectos colaterales” de la medida legal se hace necesario adoptar una perspectiva global en el análisis de la idoneidad. Cfr. Prieto del Pino, A. M (2016): *ob.cit.*, Págs. 298-299.

del juicio de necesidad, en la medida en que determinar si la norma penal es o no necesaria requiere no solo verificar la idoneidad de la norma penal objeto de análisis, sino también de los otros medios a los que el legislador puede acudir para lograr el fin propuesto<sup>72</sup>.

En todo caso, Lopera Mesa nos recuerda que debe verificarse si el legislador justificó por qué acudió al derecho penal. Este tiene el deber de explicar por qué el *ius puniendi* fue su primera y única opción, o, por ejemplo, por qué convirtió en ilícitos penales ilícitos de carácter administrativo. Si tal justificación no fue realizada, ello no tendrá la fuerza suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la norma penal por innecesaria, pero sí será una circunstancia que debe ser tenida en cuenta en el juicio de proporcionalidad estricto, pues ello significará que la medida legislativa se apoya en premisas inciertas. Tal circunstancia será un argumento que le restará peso al recurso penal en la ponderación<sup>73</sup>.

- Cuarta etapa. El juicio de proporcionalidad estricto

Una vez establecido que la intervención penal persigue un fin legítimo, es idónea y necesaria, aún es preciso superar un cuarto y último paso. Debemos establecer si las razones que hay a favor de la norma penal (o para ser más precisos, a favor del principio que constituye el fin perseguido por la norma penal) tienen más peso que las razones en su contra. Ahora se trata de determinar a través de una ponderación, estableciendo el peso que se le va a otorgar a cada conjunto de razones, en qué sentido se ha de inclinar la balanza y cuál opción ha de imponerse; la intervención penal o los derechos fundamentales afectados por la misma<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Según Prieto del Pino, dado que antes de preguntarnos si debemos acudir al derecho para intentar evitar un comportamiento socialmente dañoso, debemos preguntarnos qué tan eficaz es el derecho para la consecución de tal fin, el principio de idoneidad es un presupuesto del principio de subsidiariedad. De acuerdo a la autora, a través del principio de idoneidad se debe, por un lado, excluir aquellas medidas que por incapaces de alcanzar el fin pretendido no han de ser consideradas al momento de tomar una decisión de intervención legislativa. Por otro, de la manera más exacta posible, debe permitir conocer cuál es el grado de eficacia que conlleva cada uno de los medios capaces de alcanzar el fin pretendido. *Ibidem*, Págs. 294-297.

<sup>73</sup> Lopera Mesa, G. P (2006): *ob.cit.*, Págs. 484.

<sup>74</sup> Lopera Mesa, G. P (2006): *ob.cit.*, Págs. 497-500. En el modelo propuesto por Lopera Mesa, no se equipara el juicio de proporcionalidad estricto con el principio de proporcionalidad de las penas. Sucede que en algunos modelos el examen de proporcionalidad estricto se confunde con el examen de la proporcionalidad de las penas, de manera que en este, a partir de ciertos criterios (que suele ser la gravedad de las conductas prohibidas, o la finalidad que persigue la norma o las finalidades otorgadas a la pena; prevención, retribución, protección del procesado, etc.) se busca que el quantum de la pena establecida por la norma penal enjuiciada sea proporcional al delito establecido por la misma. Siguiendo el modelo de Lopera Mesa, para determinar si la pena es o no es desproporcionada, es decir, si implica más costos que beneficios en términos de derechos fundamentales, lo que en el presente trabajo se hará es acudir a una pluralidad de criterios que se desarrollan en las diferentes etapas del principio de proporcionalidad (por ejemplo, se habla de la necesidad de las penas, que se vincula al principio de subsidiariedad interna, y se habla de la intensidad de afectación al derecho fundamental por la duración de las penas, criterio que hace parte del juicio de proporcionalidad estricta). Nuestros puntos de referencia serán los derechos fundamentales (que están expresamente reconocidos por la constitución colombiana). Por ello, en el juicio de proporcionalidad estricto, como se verá, lo que se hará será una ponderación, teniendo en cuenta, entre otros, los costes y beneficios que implica la intervención legislativa en términos de derechos fundamentales. La diferenciación entre unos y otros modelos explicada anteriormente puede encontrar razón de

El peso que se le otorgará a cada una de las opciones en disputa dependerá de tres variables: 1) el grado de afectación y satisfacción de ambas opciones; 2) su peso abstracto; 3) la certeza de las premisas empíricas que sostienen las razones tanto a favor como en contra de la intervención penal. Veamos en qué consiste cada una de estas variables:

- Grado de afectación y satisfacción de las opciones en disputa

Para medir el grado de afectación y satisfacción de las opciones en disputa, de acuerdo a la propuesta de la profesora Lopera Mesa, debemos preguntarnos por la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales producida por la intervención penal y por la intensidad de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa. Cada uno de estos puntos se desarrollan a través de ciertos criterios que nos darán argumentos a favor y en contra de la primacía de la intervención penal o de la primacía de los derechos fundamentales afectados. Estos serán explicados a continuación.

- Intensidad de la afectación de los derechos fundamentales producida por la intervención penal

Por una parte, será más intensa la afectación al derecho cuando sean más las posiciones adscritas al derecho fundamental que se vean afectadas tanto por la prohibición como por la pena. De esta manera, cuanto más imprecisa y genérica sea la descripción de la conducta prohibida, mayor será el espectro de acciones subsumibles en el tipo y, por lo tanto, mayor será la restricción a la libertad de los individuos. También, entre mayor sea la cantidad de

---

ser en que gran parte de la doctrina concibe el principio de proporcionalidad como un “límite de los límites”; como un instrumento que contiene una serie de límites sustanciales a la ley penal, que se superan o no se superan, prescindiendo del método ponderativo. En tales modelos, en verdad no hay una ponderación, pues los límites que lo integran no dan lugar a ello. En estos el principio de proporcionalidad funciona como una especie de filtro compuesto por diversos niveles en los que se aplica un límite o principio diferente. La ley penal debe someterse, en cada nivel, a diferentes exigencias que deben ser superadas para poder ser declarada legítima. En el nivel correspondiente al juicio de proporcionalidad estricto, en vez de una darse una ponderación, lo que se aplica es el principio de proporcionalidad de las penas. Por otro lado, cuando partimos de la idea de que el canon de constitucionalidad serán los derechos fundamentales, que estos constituyen mandatos de optimización (que pueden entrar en conflicto con otros principios) y que el principio de proporcionalidad es apenas una herramienta interpretativa, el método cambia. Ahora, el principio de proporcionalidad se concebirá como un instrumento que nos ayudará a definir, a través de ciertos criterios que la misma nos facilita, si los costos de la intervención penal en términos de protección de derechos fundamentales son mayores o menores que sus beneficios en términos de los intereses que se pretenden tutelar con la misma. Así, véase que en estos modelos, al acoger la ponderación como método interpretativo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto funge como un juicio en el que, en parte, se recogen las conclusiones, a modo de argumentos, a las que se llegó en los juicios anteriores, para luego ser ponderadas. En este orden de ideas, las etapas de legitimidad del fin, de idoneidad y de necesidad, como ya se dijo anteriormente, son una especie de presupuestos que cumplen con la función de determinar si existen los argumentos necesarios como para que la ley penal pueda ser ponderada con los derechos fundamentales que afecta o, en otras palabras, de verificar si las normas objeto de análisis cumplen con ciertos criterios de racionalidad esenciales. Pero también son una especie de límites, pues si la norma penal no presenta las características básicas como para poder ser ponderada, esto es, si no persigue un fin legítimo o si es inidónea o si es innecesaria, deberá concluirse que la misma, sin acudir todavía a la ponderación, no contiene el quantum de racionalidad mínima como para que la afectación que la misma representa a los derechos fundamentales pueda encontrarse justificada.

posiciones iusfundamentales afectadas por las penas contempladas en los delitos estudiados mayor será la intensidad en mención<sup>75</sup>.

La intensidad también aumentará cuando la afectación de los derechos fundamentales sea más probable. Por ejemplo, la prohibición de una conducta significa más probabilidad de afectación que la pena en abstracto, pues el mero hecho de prohibir una conducta ya implica la restricción de una libertad, en cambio la pena en abstracto solo será aplicada en casos concretos, siempre y cuando así lo decida un juez<sup>76</sup>.

Luego, cuanto mayor sea la pena, mayor será la afectación al derecho fundamental, dado que ello aumentará la duración de la afectación al mismo<sup>77</sup>.

También, para determinar la referida intensidad, debe tenerse en cuenta los efectos secundarios lesivos que puede desencadenar la penalización de una conducta<sup>78</sup>.

Finalmente, la afectación en mención será considerada intensa cuando la sanción prevista en la intervención legislativa sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo delito o en el derecho interno para hechos similares<sup>79</sup>.

- Intensidad de la satisfacción del fin perseguido por la intervención penal

Los criterios que tendremos en cuenta para medir la intensidad de la satisfacción del fin perseguido por la norma penal hacen referencia a la capacidad de la conducta prohibida, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, para verdaderamente ocasionar un daño en el bien jurídico protegido<sup>80</sup>.

Así, en primer lugar, diremos que la satisfacción del fin perseguido por la norma penal será más intensa cuanto mayor sea la lesividad que para el bien jurídico implique la conducta prohibida. Por ejemplo, los delitos de lesión significarán una contribución más intensa a la protección del bien jurídico que los delitos de peligro. En segundo lugar, consideraremos que las intervenciones penales dirigidas a prohibir ataques dolosos contribuyen a que la satisfacción sea más intensa que aquellas dirigidas a prohibir ataques imprudentes<sup>81</sup>.

- Peso abstracto

Partiendo de la idea de que no todos los principios constitucionales tienen la misma importancia material en relación con el sistema de valores expresado en la constitución, en

---

<sup>75</sup> Ibidem, Pág. 505.

<sup>76</sup> Ibidem, Pág. 506.

<sup>77</sup> Ibidem, Pág. 506.

<sup>78</sup> Ibidem, Págs. 507-509.

<sup>79</sup> Ibidem, Págs. 509-511.

<sup>80</sup> Ibidem, Pág. 511.

<sup>81</sup> Ibidem, Pág. 512.

esta etapa trataremos de determinar, de acuerdo a ciertos criterios, cuál de las opciones en contienda es en tales términos más relevante<sup>82</sup>.

En primer lugar, debemos diferenciar entre los principios constitucionales de primer y segundo grado. Los primeros son aquellos postulados que tienen reconocimiento expreso y directo por la Constitución. Estos, desde un punto de vista sustancial, tendrán más relevancia. Los segundos constituyen los fines autónomos que, en razón de la función que constitucionalmente se le ha asignado, persigue el legislador y no están reconocidos directa y expresamente por la constitución. Su relevancia a comparación de los primeros será menor<sup>83</sup>.

En segundo lugar, se le concederá mayor peso a los principios constitucionales referidos a derechos del individuo que a los principios constitucionales referidos a intereses colectivos. Esto porque se asumirá que el fin más importante de la organización social y estatal es la preservación de las condiciones que permiten al individuo escoger libremente su propio plan de vida<sup>84</sup>.

En tercer lugar, tendrán mayor peso los derechos fundamentales que tengan un mayor grado de resistencia constitucional, es decir, que tengan mayor capacidad de vincular al legislador<sup>85</sup>.

En cuarto lugar, cuanto más cercana sea la posición afectada por la medida penal al espectro central de aplicaciones del derecho fundamental, mayor peso tendrá el derecho fundamental afectado. Este criterio se basa en la idea de que a cada derecho fundamental corresponde ciertos modos de ejercicio paradigmáticos dotados de una especial resistencia frente a los poderes públicos<sup>86</sup>.

En quinto lugar, el peso abstracto de los derechos fundamentales será mayor cuanto más cercana sea su vinculación con la realización de los principios democrático y de la dignidad humana. De esta manera, tendrán carácter preferente, por ejemplo, derechos fundamentales que protegen cualquier ámbito de la libertad del individuo o que garanticen de manera más directa la protección de la dignidad humana<sup>87</sup>.

Finalmente, tratándose de casos análogos, la existencia de un precedente jurisprudencial favorable a uno de los principios en colisión será una razón que le dará mayor peso al mismo<sup>88</sup>.

- Seguridad de las premisas empíricas

---

<sup>82</sup> Ibidem, Págs. 513-516.

<sup>83</sup> Ibidem, Pág. 516.

<sup>84</sup> Ibidem, Págs. 516-519.

<sup>85</sup> Ibidem, Págs. 519-520.

<sup>86</sup> Ibidem, Págs. 520-523.

<sup>87</sup> Ibidem, Págs. 523-524.

<sup>88</sup> Ibidem, Págs. 524-525.

Tanto en los juicios de idoneidad y necesidad como en la determinación del grado de afectación del derecho fundamental y de satisfacción del fin de la intervención legislativa, las premisas empíricas desempeñan un papel importante. Puede afirmarse que, en parte, el objetivo de la aplicación del principio de proporcionalidad es comprobar, empíricamente, si la norma penal causa o no, en términos de protección de derechos fundamentales, más réditos que costos. Así, en esta etapa nos preguntaremos por el grado de certeza del que gozan tales premisas, pudiéndose dar que las premisas empíricas utilizadas como argumento para demostrar el grado de satisfacción de la finalidad legislativa pueden acarrear un nivel de certeza diferente que aquellas utilizadas como argumento para demostrar el grado de afectación del derecho fundamental<sup>89</sup>.

En primer lugar, debemos indagar sobre el grado de certeza respecto de la idoneidad de la medida penal para proteger el bien jurídico. Esto nos remite a la eficacia preventiva del derecho penal. Es difícil negar que el derecho penal conlleva cierta eficacia disuasoria, pero esta es una afirmación que no se apoya en premisas seguras, sino en intuiciones plausibles<sup>90</sup>.

Por otra parte, el grado de certeza de las premisas relativas al grado de lesividad de la norma penal depende de si el efecto negativo para los derechos fundamentales se produce necesariamente o es apenas una posibilidad. La norma de prohibición conlleva una probabilidad de afectación más elevada que la norma de sanción<sup>91</sup>.

Por último, cuando haya pruebas o datos que demuestren que antes de acudir al derecho penal se acudió, insatisfactoriamente, a otras medidas menos lesivas, o que permitan afirmar que la norma evaluada acarrearía una mayor eficacia respecto de otras medidas implementadas con anterioridad, se aumentará el grado de certeza de las premisas referidas a la necesidad de la norma penal. A su vez, cuando el legislador de manera previa no ha acudido a otros medios menos lesivos que el derecho penal para intentar alcanzar el fin propuesto, sino que este fue su única y primera opción, disminuirá el grado de certeza de las premisas que fundamentan la necesidad de la norma penal, pues se deja abierta la posibilidad de que otras medidas menos lesivas hubiesen sido suficientes. Lo mismo ocurre cuando la medida penal se sitúa, en cuanto a su idoneidad, en una situación de empate con otro medio alternativo menos lesivo. Aunque tal circunstancia es insuficiente para excluir la medida legislativa por no superar el juicio de necesidad, ha de ser relevante en el juicio de proporcionalidad estricto<sup>92</sup>.

Lopera Mesa es reiterativa con la idea de que en esta materia solo es posible obtener verdades probables, y no verdades absolutas, por lo que entre más sean los medios de prueba disponibles y entre más sólida sea la calidad epistémica de las pruebas que de ellos se

---

<sup>89</sup> Ibidem, Págs. 525-526.

<sup>90</sup> Ibidem, Pág. 526-527.

<sup>91</sup> Ibidem, Pág. 527.

<sup>92</sup> Ibidem, Pág. 528.

obtienen, el grado de certeza detrás de una afirmación relativa a las premisas empíricas será mayor<sup>93</sup>.

- El resultado de la ponderación

Finalmente, tenidos en cuenta todos los criterios que nos permiten establecer tanto el conjunto de razones a favor de la intervención legislativa como el conjunto de razones en su contra, estaremos en condiciones para llegar a una conclusión. Si el conjunto de razones a favor de la intervención legislativa acarrea más peso que el conjunto de razones en su contra, tendremos que concluir que la misma se encuentra legitimada y goza de justificación constitucional. Si ocurre lo contrario, tendremos que concluir que dicha intervención no es compatible con la Constitución, de manera que deberá declararse su ilegitimidad<sup>94</sup>.

#### *4.2.3. Los modelos jurisprudenciales del principio de proporcionalidad en materia penal aplicados por los tribunales constitucionales de Colombia y España*

##### 4.2.3.1. Consideraciones previas

Tanto en España como en Colombia el principio de proporcionalidad ha sido repetidamente aplicado en la jurisprudencia constitucional penal. En las siguientes páginas, sin pretender hacer un análisis exhaustivo de toda la jurisprudencia que en ambos países ha hecho uso del principio de proporcionalidad en materia penal, sino a partir de algunas sentencias en su mayoría recientes, se enunciarán las principales características que se pudieron evidenciar en el uso de tal instrumento por parte de los órganos constitucionales colombiano y español.

##### 4.2.3.2. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana

Primeramente, cabe mencionar el papel autorre restrictivo que la Corte Constitucional ha asumido al aplicar tal herramienta. Aunque este órgano ha sido enfático en reconocer la libertad configurativa que en materia político criminal tiene el legislador, a su vez ha sido reiterativo en señalar que la Constitución y sus preceptos constituyen límites al ejercicio legislativo, dándose que en todo caso es deber de la Corte verificar que las intervenciones legislativas no desconozcan las prohibiciones, principios, y derechos fundamentales previstos tanto en el texto constitucional como en el bloque de constitucionalidad<sup>95</sup>. Ello significa que no le incumbe al referido órgano constitucional predefinir el contenido de la legislación penal, pero sí velar por que las decisiones que el legislador tome se encuentren

---

<sup>93</sup> Ibidem, Págs. 528-531.

<sup>94</sup> Ibidem, Págs. 531-551.

<sup>95</sup> De manera casi general, en las sentencias en que se hace uso del principio de proporcionalidad, la Corte recuerda la posición restringida que el mismo juega en materia político criminal, dada la libertad configurativa que en este ámbito tiene el legislador. Ejemplos recientes de ello pueden encontrarse en las sentencias C-417 de 2009, C-575 de 2009, C-191 de 2016 y C-290 de 2019.

dentro del marco de lo constitucionalmente posible. De ahí que en diversas ocasiones se acuda al principio de proporcionalidad como herramienta para realizar tal constatación.

Sin embargo, pareciera que el único presupuesto teórico sobre el que la Corte es constante es el anterior, pues la misma, se caracteriza por ser asistemática no solo en cuanto algunos de los presupuestos conceptuales de los que parte para estructurar el juicio de proporcionalidad, sino en cuanto al orden y contenido concreto dados a las diferentes etapas que integran el principio, lo cual, hace que no pueda decirse que este órgano adopte un determinado modelo del principio de proporcionalidad. Más bien, pareciera que se hace un uso aleatorio de la herramienta.

Así, en primer lugar, aunque la Corte tiende a concebir el principio de proporcionalidad como una herramienta interpretativa, siendo claro que los derechos fundamentales constituyen el canon de constitucionalidad<sup>96</sup>, hay que decir que no siempre se acota de manera precisa el ámbito de protección inicial del derecho fundamental afectado y no es tan claro que la línea argumentativa desarrollada obedezca a la estructura propia de un juicio en el que lo que se está efectuando es una ponderación<sup>97</sup>.

En segundo lugar, de las sentencias analizadas, la mayoría parten de una perspectiva de prohibición de exceso. Sin embargo, aunque minoritarios, hay pronunciamientos en los que se aplica el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de prohibición de infraprotección<sup>98</sup>.

En tercer lugar, a pesar de que en la mayoría de los pronunciamientos se procede a determinar, con cierto orden, la finalidad que persigue la norma analizada, el derecho fundamental o “bien jurídico” afectado por la misma, la idoneidad, la necesidad y, finalmente, la proporcionalidad “estricto sensu”, pueden verse ejemplos en los que tal configuración difiere:

En la sentencia C-191 de 2016 se acoge una estructura particular. Primero, vincula los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de fragmentariedad y de subsidiariedad, al juicio de necesidad (juicio que pareciera no incluye dentro del principio de proporcionalidad). Luego, se pregunta por la finalidad constitucional perseguida por las normas y por la idoneidad de las mismas, criterios que engloba dentro de lo llama “test de proporcionalidad leve”. De esta manera, efectúa el análisis relativo al fin perseguido en dos

---

<sup>96</sup> Esta perspectiva se puede apreciar de manera más clara, por ejemplo, en las sentencias C-091 de 2017 y C-575 de 2009, en donde el derecho fundamental afectado es la libertad de expresión. También, en la sentencia C-392 de 2002, donde el derecho fundamental afectado es el de la igualdad.

<sup>97</sup> Véase las sentencias C-897 de 2005, C-191 de 2016 y C-042 de 2004. En esta última, por ejemplo, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se confunde con el principio de proporcionalidad de las penas. Esto es indicativo de que en verdad no se está efectuando una ponderación entre el derecho fundamental afectado y el fin que persigue la norma, lo cual, puede llevar a pensar que no se está concibiendo el principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa que permite verificar el contenido definitivo de un derecho fundamental. Lo mismo pareciera ocurrir en la sentencia C-897 de 2005.

<sup>98</sup> Estos serían los casos de las sentencias C-392 de 2002, C-798 de 2008 y C-091 de 2017.

ocasiones: cuando se pregunta por el bien jurídico protegido y cuando se pregunta por el fin constitucional de la norma. Además, tampoco se aplica un criterio relativo a la proporcionalidad en estricto sentido.

En la sentencia C-897 de 2005, los juicios en mención se aplican sin seguir el orden explicado. Primero se habla sobre el carácter desproporcionado de las penas, luego se aborda el fin perseguido por la norma y su necesidad, y finalmente se menciona la idoneidad de la misma.

En la sentencia C-290 de 2019 se aplica el juicio “débil de proporcionalidad”, en donde la Corte se pregunta si el fin buscado por la medida no está constitucionalmente prohibido, si el medio utilizado tampoco está proscrito por la Carta y si el medio resulta idóneo, dejando de lado los juicios de materialidad y relevancia social del fin perseguido, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

En cuarto lugar, es posible ver como en algunas oportunidades la Corte distingue entre diferentes modalidades de aplicación del principio de proporcionalidad, según la materia que se trate. Se diferencian una modalidad leve, una intermedia y otra estricta, que varían en cuanto a los juicios que contienen. Según la Corte, en la modalidad leve solo se evalúa la legitimidad del fin. En la modalidad intermedia, se prescinde de la proporcionalidad estricta y de la necesidad. La modalidad estricta contiene todos los juicios<sup>99</sup>.

En quinto lugar, en algunas providencias se confunde el juicio de proporcionalidad en estricto sentido con el principio de proporcionalidad de las penas<sup>100</sup>, en otras es utilizado como etapa resolutoria, en donde se concluye que uno de los fines en conflicto tiene más peso<sup>101</sup>.

Finalmente, vale la pena revisar algunos rasgos relativos a la manera en que la Corte suele dotar de contenido a los diferentes juicios que estructuran la herramienta estudiada.

En cuanto a la legitimidad del fin puede afirmarse que la Corte, para darle aplicación al principio de proporcionalidad, no adopta un concepto de bien jurídico en particular<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Véase las sentencias C-070 de 1996, C-417 de 2009 y C -575 de 2009.

<sup>100</sup> Por ejemplo, véase la sentencia C-042 de 2004.

<sup>101</sup> Véase las sentencias C-091 de 2017, C-392 de 2002, C-417 de 2009 y C-897 de 2005.

<sup>102</sup> Por ejemplo, en la sentencia C-897 de 2005 la corte afirma que “el objetivo real de la norma es lograr que todos los mandatos judiciales, sin excepción, sean cumplidos”. Sin embargo, no se pregunta por la importancia social de tal objetivo. Además, pareciera que se trata de una interpretación del bien jurídico inmanentista. Por otro lado, aunque en la sentencia C-575 de 2009 la Corte correctamente afirma que “el objeto del derecho penal es la protección de las cosas, no en cuanto a su propia materialidad, sino en tanto representación de los intereses de la sociedad y los individuos”, en el mismo pronunciamiento acude a abstracciones como “la existencia y seguridad del estado” para definir la finalidad perseguida por la norma estudiada. Por su parte, en la sentencia C-299 de 2016, a pesar de que la norma objeto de análisis es de carácter penitenciario y no tiene la estructura típica de una norma penal sustancial, la Corte presume el fin que se pretende perseguir con la norma demandada, fin que a nuestro parecer es difícil de relacionar de manera clara con la norma estudiada. En la sentencia C-191 de 2016 la Corte se toma el trabajo de explicar, con algo más de detalle, que aspectos cree se están protegiendo a través de las figuras analizadas. Sin embargo, se echa de menos que se realice un análisis más profundo, en

En cuanto al juicio de idoneidad, debe decirse que se trata de un examen al que la Corte, de manera casi general, no le suele dar mayor importancia. Esto porque la misma acostumbra a presumir la idoneidad de las normas enjuiciadas sin apoyarse en argumentos que respalden tal presunción<sup>103</sup>.

Luego, en relación al juicio de necesidad, en algunas ocasiones la Corte realiza análisis más atentos, en otras no tanto. En los primeros casos, hay una preocupación por indagar por otros medios existentes en el ordenamiento jurídico menos lesivos que el derecho penal para alcanzar el fin que persigue la norma objeto de estudio<sup>104</sup>, de manera que se le da cierta importancia al principio de subsidiariedad. En los segundos, se afirma que la norma es necesaria a través de criterios cuestionables<sup>105</sup>.

---

donde se explique, con la ayuda de estudios sobre el tema, la importancia social que tales aspectos conllevan. O por lo menos, es de esperarse que se lo le exija al legislador.

<sup>103</sup> En la sentencia C-191 de 2016, para predicar la idoneidad de las normas, la Corte se limita a afirmar que “La idoneidad de esta herramienta para combatir estos males que afectan fines de interés general, se evidencia entonces en cuanto que, si bien no se trata del único instrumento del que dispone el Estado para alcanzar estas finalidades, sí es parte importante en el engranaje de mecanismos en la lucha contra la ilegalidad en el comercio exterior y, por consiguiente, en la consecución de los otros fines de protección de la industria nacional, el empleo, las finanzas públicas y la lucha contra las otras formas de delito”. En la sentencia C-442 de 2011, la Corte afirma que “la prohibición de ciertas conductas mediante su tipificación penal tiene principalmente una función preventiva, es decir, la amenaza de sanción penal busca disuadir su comisión. En otras palabras, las medidas de carácter penal, son idóneas para proteger los derechos fundamentales, o en general bienes constitucionalmente protegidos, porque están diseñadas para prevenir la ocurrencia de las conductas que potencialmente pueden lesionarlos, precisamente por los efectos disuasorios que tiene la amenaza de sanción penal”. En la sentencia C-575 de 2009, a pesar de que la Corte reconoce que “el juicio de idoneidad de las normas penales sancionadoras se enfrenta a importantes problemas de índole práctica derivados de las dificultades para verificar mediante investigación empírica la verdadera eficacia preventiva que despliegan”, contradictoriamente afirma que no hay duda de que la tipificación penal de una conducta con la amenaza de sanción lleva aparejada efectos disuasorios. Véanse también las sentencias C-091 de 2017, C-417 de 2009, C-897 de 2005, C-042 de 2004 y C-290 de 2019.

<sup>104</sup> Ello ocurre en las sentencias C-299 de 2016, C-575 de 2009, C-417 de 2009. También cabe resaltar la sentencia C-897 de 2005, en la que la Corte realiza una argumentación interesante. Se indaga, por ejemplo, por las razones justificatorias que en este ámbito tuvo en cuenta por el legislador. También se afirma que la libertad configurativa del legislador en materia penal puede verse limitada cuando “hay certeza de que existen en la propia legislación vigente medios alternativos menos lesivos y de eficacia semejante para lograr los objetivos”. Además, señala que “no existe ningún argumento que justifique de alguna manera la consagración como delito de la conducta analizada y que indique que las sanciones correccionales eran insuficientes para asegurar la obediencia de las órdenes accesorias que dicten los jueces dentro de las audiencias. De esta forma, se introdujeron reacias condenas penales para situaciones que hasta ahora venían siendo tratadas a través de medidas correccionales, sin que por ninguna parte apareciera alguna razón que justificara la necesidad de adoptar esta decisión punitiva”. En la sentencia C-191 de 2016, la Corte se toma el trabajo de revisar cómo ha sido regulado el tema en cuestión a lo largo de la historia. Aunque no se mencionan argumentos de índole empírico que sustenten tales afirmaciones, la Corte concluye que los medios diferentes al penal con que el legislador ha procurado proteger los bienes jurídicos perseguidos por las normas en cuestión han resultado insuficientes.

<sup>105</sup> Por ejemplo, en la sentencia C-442 de 2011, la necesidad de la norma se confirma porque, en primer lugar, siempre se ha considerado legítima la protección de los bienes jurídicos tutelados mediante el derecho penal. En segundo lugar, porque los tratados internacionales de derechos humanos y la Corte IDH autoriza en tales casos el recurso al derecho penal y, en tercer lugar, porque la Corte Constitucional ha entendido que existe una especie de protección multinivel de los bienes jurídicos tutelados, por lo cual mecanismos de protección diferentes al derecho penal resultan claramente insuficientes. Este último criterio también es utilizado en la sentencia C-091 de 2017. En la sentencia C-042 de 2004, para determinar la necesidad no se tienen en cuenta

Finalmente, la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana tiende a hacerse solo respecto de las sanciones contenidas en las normas enjuiciadas, sin que se efectúe un análisis global de las mismas, en donde además de las sanciones se sometan a juicio las prohibiciones<sup>106</sup>.

#### 4.2.3.3. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española

Al igual que la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional español ha sido reiterativo en la idea de que el legislador, dada su posición constitucional y su legitimidad democrática, tiene libertad configurativa en materia político criminal<sup>107</sup>. De hecho, pareciera que el Tribunal español se confiere un papel aún más autorrestrictivo, planteando que solo se podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma penal, en virtud del principio de proporcionalidad, cuando esta sea manifiesta o evidentemente excesiva<sup>108</sup>, o en sus palabras, cuando produzca un “patente derroche inútil de coacción”<sup>109</sup>. De todas formas, también ha estado de acuerdo en que las intervenciones legislativas en materia penal no se encuentran exentas de límites constitucionales, específicamente de aquellos derivados de los derechos fundamentales<sup>110</sup>.

---

otras opciones diferentes a la penal, sino que la Corte se limita a argumentar que en esta materia el legislador goza de una amplia libertad configurativa.

<sup>106</sup> En la jurisprudencia revisada, de manera general, no se diferencian cuáles son los derechos fundamentales afectados por la sanción y cuáles son los derechos fundamentales afectados por la prohibición, o en caso tal, si son coincidentes. Además, no se distingue si se está ante una conducta de lesión o de peligro, por lo cual, tampoco se verifica la idoneidad de la prohibición, ni su necesidad. En el mejor de los casos, como por ejemplo en la sentencia C-191 de 2016, se hace una vaga referencia al principio de fragmentariedad, afirmándose que “el legislador buscó perseguir penalmente sólo los atentados más graves al bien jurídico protegido, lo que se demuestra, en concreto, por la configuración de la tipicidad”. O por ejemplo, en la C-091 de 2017, simplemente se afirma que la norma enjuiciada es de peligro abstracto, sin que ello dé lugar a los análisis aludidos.

<sup>107</sup> Véase ATC 63/04, de 24 de febrero, (FJ 3); ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 3); ATC 395/04, de 19 de octubre, (FJ 2); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 4); STC 127/09, de 26 de mayo, (FJ 8); STC 60/10, de 7 de octubre (FJ7, FJ 22).

<sup>108</sup> En la STC 60/10, de 7 de octubre de 2010, (FJ 22), se comenta que “para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente”. Véase también ATC 63/04, de 24 de febrero, (FJ 3, FJ 7); 233/04, de 7 de junio, FJ 3

<sup>109</sup> Expresión a la que el Tribunal alude en diversas oportunidades ATC 63/04, de 24 de febrero, (FJ 3); ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 3); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 4); STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 7).

<sup>110</sup> En la STC 60/10, de 7 de octubre de 2010, (FJ 7), el Tribunal señala: “en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a continuación, con otra perspectiva, que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la

Por otro lado, también se tiende a concebir el principio de proporcionalidad como una herramienta interpretativa, que no constituye un marco autónomo de constitucionalidad. Esto porque, el igual que en Colombia, la Constitución española no consagra dicha herramienta de manera expresa<sup>111</sup>.

Por su parte, la estructura que el Tribunal español tiende a darle al principio de proporcionalidad suele estar conformada por las etapas que fueron abordadas en el presente capítulo: la definición del bien jurídico tutelado a través de la intervención legislativa, la determinación de los derechos fundamentales afectados, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto<sup>112</sup>.

En cuanto al examen relativo al fin perseguido por la norma enjuiciada, hay que destacar que en algunas oportunidades, el Tribunal español, acertadamente, tiene en cuenta criterios como la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger<sup>113</sup>. Incluso, en algún pronunciamiento, se llega a distinguir correctamente la legitimidad del fin perseguido como un criterio autónomo y reconoce los fines mediatos e inmediatos perseguidos por la norma enjuiciada<sup>114</sup>.

Respecto de la idoneidad, debe señalarse que, de manera similar a como ocurre en la jurisprudencia colombiana, es un juicio que en la jurisprudencia española no se le presta mayor atención. En el mejor de los casos, a partir de frases hechas y de argumentos imprecisos, se suele dar por probada<sup>115</sup>.

---

constitucionalidad de la medida que los genera. Nuestro enjuiciamiento debe, por tanto, partir simultáneamente de estos dos planteamientos: uno, de carácter sustantivo, que se refiere a la intensidad de los límites que la Constitución impone a la ley, y el otro, de naturaleza formal, que alude a la posición de este Tribunal a la hora de comprobar la satisfacción de aquéllos”.

<sup>111</sup> Véase ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 3); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 4); STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 7).

<sup>112</sup> Esta estructura puede apreciarse de manera clara en las ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 3); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 4); STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 4). Este último pronunciamiento en mención hace una aplicación del principio de proporcionalidad más rigurosa de lo habitual: dándoles el carácter de presupuestos, se delimitan con claridad los derechos fundamentales afectados y los bienes jurídicos protegidos. Luego, se aplican de manera ordenada los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el desarrollo de las diferentes etapas en mención se reconocen acertadamente diversos criterios que deben tenerse en cuenta. Por ejemplo, al referirse a la idoneidad, comenta que es un juicio en el que se “reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad” (FJ 12).

<sup>113</sup> ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 4, FJ 5); ATC 395/04, de 19 de octubre, (FJ 2, FJ 3); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 4, FJ 5); STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 10).

<sup>114</sup> Véase la STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 10).

<sup>115</sup> Por ejemplo, en las ATC 63/04, de 24 de febrero y 395/04, de 19 de octubre, y STC 127/09, de 26 de mayo (FJ 9), ni siquiera se hace referencia al juicio de idoneidad. En la ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 5), se da por finalizado el juicio de idoneidad señalando que “tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su

En el juicio de necesidad, por su parte, correctamente se han reconocido diferentes aspectos que lo caracterizan. Por ejemplo, en la ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 6) se comenta que “sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de las sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Por ello desde la perspectiva que ahora nos ocupa la tacha o el reproche de desproporcionalidad sólo será aplicable, cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critica por desproporcionada”<sup>116</sup>.

Luego, en vez de aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto como un juicio en el que se efectúa una ponderación global, puede verse que en diversas oportunidades el Tribunal español lo que aplica es el principio de proporcionalidad de las penas. De esta manera, lo que se analiza es la correspondencia entre la conducta prohibida por la norma y la sanción penal, teniendo en cuenta criterios como la gravedad de la conducta y la importancia del fin perseguido a través de la norma<sup>117</sup>.

Por último, al igual que en Colombia, en la jurisprudencia constitucional española hay una clara tendencia a aplicar el principio de proporcionalidad solo respecto de las sanciones contenidas en las normas enjuiciadas, omitiéndose el análisis de las prohibiciones<sup>118</sup>.

---

erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico”. Este mismo párrafo se transcribe en la ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 5). Por su parte, en la STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 13), aunque se reconoce la posibilidad de que “una pena de imposición obligatoria, en atención a los diversos factores que inciden en su función de motivación, no llegase a desplegar eficacia instrumental alguna desde esta perspectiva de la prevención general”, se termina presumiendo la eficacia preventiva de la norma enjuiciada. Tal presunción vuelve y se aplica en el juicio de necesidad, en donde se concluye que la medida alternativa propuesta por el impugnante es menos eficaz.

<sup>116</sup> En la STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 15), al referirse al juicio de necesidad, de manera acertada también comenta que “junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de ésta última” (FJ 15).

<sup>117</sup> Véase ATC 63/04, de 24 de febrero, (FJ 3, FJ7); ATC 233/04, de 7 de junio, (FJ 7); ATC 395/04, de 19 de octubre, (FJ3); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 7); STC 127/09, de 26 de mayo, (FJ 9). Una excepción a esta tendencia puede verse en la STC 60/10, de 7 de octubre, (FJ 16, FJ 21), en donde el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se concibe como uno en el que se realiza una ponderación a partir de los diferentes argumentos que hay a favor y en contra de la norma enjuiciada. En el mismo se comenta que en el juicio en mención se debe “valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro”. De esta manera, para tal ponderación, el Tribunal tiene en cuenta criterios como la relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger y el grado de contribución de la norma a la protección de los fines que con ella se persiguen.

<sup>118</sup> ATC 63/04, de 24 de febrero; ATC 233/04, de 7 de junio; 395/04, de 19 de octubre; 332/05, de 13 de septiembre; STC 127/09, de 26 de mayo, (FJ 8, FJ 9).

### 4.3. Algunas críticas al principio de proporcionalidad como herramienta de legitimación de las leyes penales

El principio de proporcionalidad, como instrumento para determinar la legitimidad de las leyes penales, no ha estado exento de críticas. A continuación, se señalarán algunas de ellas.

Una objeción importante tiene que ver con la potencial relativización a los derechos y garantías fundamentales que puede significar el uso del principio de proporcionalidad en el ámbito penal. Esto porque, si se parte de un modelo en el que se acoge una concepción conflictivista de los derechos fundamentales (como el desarrollado por Lopera Mesa), estos últimos, que constituyen garantías que protegen al ciudadano del poder punitivo, pueden ser ponderados frente a intervenciones legislativas, a través del principio de proporcionalidad<sup>119</sup>. De ahí que los mismos se vean relativizados a través del método de la ponderación, propio de las concepciones que ven los derechos fundamentales como principios optimizables que entran en conflicto con otros principios<sup>120</sup>. Así, la concepción conflictivista puede llevar a resultados criticables en términos de protección de garantías fundamentales limitantes del *ius puniendi*, pues cualquier fin legislativo considerado legítimo tendrá el carácter de principio, de manera que podrá ser ponderable con los demás principios constitucionales, incluidos los derechos fundamentales. Por ello, en contraposición a las concepciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se encuentran los enfoques coherentistas de los mismos, que son reacias a concebir los derechos fundamentales como principios optimizables y, en suma, al método ponderativo<sup>121</sup>.

Por otra parte, vale la pena mencionar, de manera breve, ciertas objeciones al principio de proporcionalidad formuladas por Díez Ripollés:

Para este, al no tratarse de un principio que está consagrado de manera expresa en la constitución española (como también ocurre en el caso colombiano) adolece de fragilidad jurídico-positiva<sup>122</sup>. Además, el autor argumenta que la necesaria vinculación de la

---

<sup>119</sup> Esta crítica es explicada por Lopera Mesa, G. P (2005): ob.cit., Págs. 59-63

<sup>120</sup> Sobre ciertas objeciones a las que ha estado expuesta la concepción conflictivista de los derechos fundamentales, puede verse a Alexy, R (1993): ob.cit., Págs. 313 y sig.

<sup>121</sup> Por ejemplo, un autor paradigmático como Ferrajoli, que tiene una visión coherentista de los derechos fundamentales, asume de manera definitiva que es más valioso para nuestras sociedades darle mayor jerarquía, en razón de su contenido, a determinadas normas, a pesar de que formalmente se encuentren en el mismo nivel jerárquico que las demás, es decir, en la Constitución. Así, siempre que haya un conflicto entre normas de diferente rango, no habrá lugar a la ponderación, debiéndose resolver el mismo a través del criterio jerárquico. De esta forma, ciertas normas constitucionales, a los que se llamarán derechos inmunidad, derechos de libertad y derechos sociales (entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la integridad o a no ser torturado) y que suelen constituir las protecciones que tiene el individuo frente al poder punitivo, no pueden ser sometidas a ponderación, pues estarán en la cúspide de la pirámide. Véase: Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs 143 y sig; Ferrajoli, L (2001): "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en A. de Cabo, y Pisarello, G (editores): Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Págs. 353 y sig; Prieto Sanchís, L (2011): "Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de Interpretación de algunas divergencias". DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n°34, Págs. 237-241.

<sup>122</sup> Díez Ripollés, J. L (2013): La racionalidad de las leyes penales Madrid: Trotta, Pág. 249. Esta crítica cobra especial relevancia cuando se revisa la manera en que la jurisprudencia aplica la herramienta en mención. En

argumentación a un derecho fundamental concreto implica que no se pueda salir de los límites conceptuales del derecho fundamental afectado, dando lugar a planteamientos fragmentarios, incompletos, de naturaleza defensiva, que no son sistemáticos ni permiten la elaboración de una estructura coherente y comprensiva de los diferentes criterios y preceptos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar pautas de racionalidad legislativa en materia penal. El profesor español plantea que la estructura conceptual del principio de proporcionalidad adolece, por ende, de la capacidad para atender al conjunto de aspectos básicos necesarios para verificar la racionalidad de una decisión legislativa penal<sup>123</sup>. Es por lo anterior que el autor en comento se decanta por la utilización de un modelo diferente al principio de proporcionalidad para determinar la legitimidad de las leyes penales<sup>124</sup>.

#### **4.4. Toma de postura**

##### *4.4.1. Adopción del principio de proporcionalidad como herramienta para determinar la legitimidad material de los delitos objeto de estudio*

A pesar de las críticas anteriormente mencionadas, y teniendo en cuenta la existencia de otros modelos teóricos de legitimación de leyes penales, como por ejemplo el propuesto por Díez Ripollés, la herramienta que se adoptará para evaluar la legitimidad material de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano será el principio de proporcionalidad. Son varias las razones que nos llevan a ello:

Por un lado, creemos que el principio de proporcionalidad, estructurado desde el enfoque conflictivista de los derechos fundamentales, y siendo objeto de un adecuado desarrollo conceptual, no necesariamente implica un debilitamiento y relativización de las garantías y derechos que limitan el poder punitivo, ni necesariamente conduce a planteamientos fragmentarios, incompletos y asistemáticos. Ello dependerá de la rigurosidad de los criterios

---

dicho ámbito se suele variar la estructura y contenido del principio de proporcionalidad. Así, en no pocas ocasiones el principio se aplica, a nuestro parecer, de manera inadecuada.

<sup>123</sup> Ibidem, Pág. 253. En palabras del autor, “El limitado contenido de sus componentes de partida, su excesivo alejamiento de los criterios de intervención penal específicos, la deficiente delimitación de sus tres o cuatro componentes, con las consiguientes dificultades para profundizar en argumentaciones específicas a partir de cada uno de ellos y el excesivo énfasis en ciertos aspectos en detrimento de otros, hacen que, a salvo una profunda transformación de su entendimiento, no puedan esperarse de él avances significativos en el control de constitucionalidad de las leyes penales”.

<sup>124</sup> Este autor desarrolla un modelo de racionalidad legislativa en materia penal. Este modelo, que está integrado por cinco niveles que obedecen a criterios diferentes (ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal y lingüístico), desarrolla una serie de patrones axiológicos de legitimidad de leyes penales que sirven de guía a la actividad legislativa en materia penal y tienen como propósito aportar pautas que permitan la expedición de leyes penales racionales, compatibles con los diferentes principios que limitan el *ius puniendi* y los postulados constitucionales. Cfr. Ibidem. Otro ejemplo de estos modelos de legitimidad de leyes penales es desarrollado por Husak. Ante el preocupante crecimiento del Derecho penal -o sobrecriminalización- que se está dando en Estados Unidos, este autor se propuso desarrollar una teoría de la criminalización que servirá como filtro normativo para identificar los ilícitos penales que están justificados de aquellos que no. Véase Husak, D (2013): Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.

que conformen la herramienta, la manera en cómo los mismos se estructuren, y la fuerza normativa que se le dé a los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el concebir los derechos fundamentales como reglas y no como principios, no asegura que se realizará un control más austero a los excesos del derecho penal. Si la ponderación está conformada por estrictas exigencias argumentativas, es posible instrumentalizarla eficazmente al servicio de las garantías limitadoras del *ius puniendi*. Esta es precisamente una de las virtudes de las que hace gala un instrumento como el principio de proporcionalidad; el mismo puede ser estructurado a partir de una pluralidad de criterios que fungirán como un límite al poder punitivo, lo cual, hace de este una herramienta sumamente útil para contrarrestar los excesos del legislador en materia político-criminal. De esta manera, si a los derechos fundamentales se les concede la suficiente importancia normativa, constituyen herramientas apropiadas para que el Estado logre materializar con eficacia los derechos, garantías y libertades de los individuos.

Lo anterior, con la ventaja de que el respeto a tales límites obedecerá a un proceso argumentativo racional y no a posiciones ideológicas preestablecidas que, en el fondo, constituyen el resultado de valoraciones y de ponderaciones que simplemente no se hacen explícitas en el discurso jurídico<sup>125</sup>, cosa que precisamente busca evitar la concepción conflictivista, procurando que las premisas que dieron lugar a tales posiciones puedan ser sometidas, sea cual sea su fundamento ideológico, a escrutinio. Por otra parte, a diferencia de otros discursos teóricos, la estructura conceptual del principio de proporcionalidad no sacrifica una visión heterogénea (esto es, conflictivista) de los valores perseguidos por nuestras sociedades. Así, el discurso conflictivista, que le da cualidad de principios a los diferentes intereses sociales que se proponga alcanzar el legislador, es compatible con el comportamiento de las sociedades democráticas, en las que los intereses sociales son numerosos y diversos y están en constante transformación.

Además, el principio de proporcionalidad constituye una herramienta con ciertos atributos que deben ser tomados en consideración:

Por un lado, es preciso reconocer la prolífica utilización que en materia jurisprudencial esta herramienta ha tenido. Ejemplos de ello los podemos ver en países como Colombia y España. Por esto, a diferencia de otros instrumentos, el principio de proporcionalidad tiene una eminente vocación práctica. Siempre y cuando se haga un adecuado desarrollo conceptual, hacer uso de la herramienta que es de hecho utilizada por los jueces constitucionales para determinar la legitimidad de las leyes penales es un ejercicio que, a efectos prácticos, es sumamente tentador.

Por otro, el principio de proporcionalidad es una herramienta que en materia penal ha tenido un amplio desarrollo no solo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina. Esto hace que se trate de un instrumento teóricamente completo, rico en desarrollos conceptuales.

---

<sup>125</sup> Cfr. Lopera Mesa, G. P (2005): ob.cit., Págs. 62-63.

Luego, suele haber un lenguaje común en cuanto a las etapas argumentativas que lo conforman, lo cual, facilita la interpretación y aplicación del mismo.

#### *4.4.2. Toma de postura frente a los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por la jurisprudencia constitucional colombiana y española*

Dado los defectos presentes en los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por los tribunales constitucionales de Colombia y España, se concluirá que no serán asumidos para darle desarrollo al presente trabajo. Como se verá a continuación, la utilización de esta herramienta por parte de los mismos se suele realizar de manera muy poco rigurosa, omitiendo la valoración de ciertas cuestiones cruciales, adoptando criterios que no son afines con los diferentes principios que limitan el *ius puniendi* e incurriendo en una utilización de la herramienta conceptualmente incongruente.

##### 4.4.2.1. Razones por las cuales no serán asumidos los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por la Corte Constitucional colombiana

Para comenzar, no compartimos el enfoque que asume la Corte Constitucional en las oportunidades en que adopta la perspectiva de prohibición de infraprotección al aplicar el principio de proporcionalidad. Tal enfoque, aparte de que implica una interpretación errónea de los derechos fundamentales, provoca una variación sustancial en el contenido de la estructura dada al principio de proporcionalidad cuando se aplica desde su vertiente de prohibición de exceso<sup>126</sup>, dando lugar a una jurisprudencia incongruente. Así, por ejemplo, en la sentencia C-091 de 2017 la Corte entiende que para el caso estudiado el recurso penal es necesario, pues el fin perseguido por la norma, que es el derecho a la igualdad y a la no discriminación, es de tal importancia que merece una protección multinivel. Esto, según tal pronunciamiento, autoriza al legislador para que acuda a cualquier medio para su protección, incluido el penal. Lo anterior nos indica que la Corte en verdad no examina la necesidad de la norma, como lo hace cuando asume la vertiente de prohibición de exceso, olvidando de esta manera aplicar el principio de subsidiariedad.

En este orden ideas, creemos que son objetables las ocasiones en las que la Corte concibe los derechos fundamentales como mandatos de criminalización<sup>127</sup>. Cuando ello ocurre, contradictoriamente se aparta de la posición autorrestrictiva que constantemente predica<sup>128</sup>,

---

<sup>126</sup> En este grupo de casos pueden citarse las sentencias C-042 de 2004, C-575 de 2011, C-897 de 2005, C-417 de 2009, C-442 de 2011, C-191 de 2016 y C-299 de 2016.

<sup>127</sup> Como por ejemplo ocurre en las sentencias C-125 de 1996, C-798 de 2008 y C-091 de 2017.

<sup>128</sup> No obstante, es preciso aclarar que ese papel autorrestrictivo que suele asumir la Corte no puede interpretarse en el sentido de que la misma, en materia penal, solo está llamada a corregir los excesos manifiestamente inconstitucionales en los que incurra el legislador. Es deber de la Corte examinar rigurosamente la compatibilidad de las intervenciones legislativas en materia penal con los derechos y preceptos constitucionales. Para ello, como hemos visto, puede acudir al principio de proporcionalidad. Sin embargo, como veremos también en las siguientes páginas, al aplicar el principio de proporcionalidad, la Corte no suele ser precisa y minuciosa, de tal manera que se anula parte de la capacidad operativa de tal instrumento.

asumiendo, en cierto sentido, el papel de legislador. Recientemente, un ejemplo en el que se puede evidenciar tal contradicción es la sentencia C-798 de 2008, en la cual, se concluye que el parágrafo 1 del artículo 233 del código penal implica un déficit de protección en materia penal respecto de las garantías en materia alimentaria para las parejas del mismo sexo, dado que el mismo hace aplicable el delito de inasistencia alimentaria solo para las parejas heterosexuales. Así, se determina que las expresiones “compañero” y “compañera permanente”, que hacen parte del tipo penal en cuestión, deben comprender también a los integrantes de parejas del mismo sexo.

Por otra parte, consideramos que la falta de sistematicidad con que la Corte suele aplicar la herramienta en cuestión le resta racionalidad al proceso argumentativo. Así, no extraña que haya ocasiones en las que este órgano, al aplicar el juicio de proporcionalidad, incurra en líneas argumentativas incompletas y fragmentarias, en donde se evidencian defectos como la superposición de contenidos o la no inclusión de criterios esenciales<sup>129</sup>.

En todo caso, más allá de lo asistemática que ha sido la Corte respecto de la estructura conceptual dada al principio de proporcionalidad, algo que debe señalarse es la poca rigurosidad con la que esta suele aplicar el instrumento en mención. Se suelen emplear los diferentes juicios que componen el principio de proporcionalidad de una manera incompleta, dejando de lado criterios esenciales e incurriendo en afirmaciones que no se demuestran debidamente.

Así, en primer lugar, la Corte no siempre verifica la legitimidad del fin perseguido por la norma enjuiciada adecuadamente. No son pocas las oportunidades en que la misma no precisa de manera clara cuál es la realidad concreta que se pretende proteger con la norma, no advierte si aquello que se protege a través de esta, según su interpretación, es esencial para el funcionamiento de la sociedad, ni tampoco se preocupa por que esto se fundamente en premisas empíricas<sup>130</sup>. En todo caso, tampoco le exige al legislador que efectúe dichas precisiones<sup>131</sup>, de manera que suele manifestarse sobre el bien jurídico tutelado sin referirse

---

<sup>129</sup> Por ejemplo, esto ocurre en la sentencia C-191 de 2016, en la que es evidente una superposición de contenidos, pues el examen relativo al bien jurídico se realiza en dos oportunidades. Otro ejemplo de estos defectos que pueden verse en los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por la Corte se encuentra en la sentencia C-290 de 2019. En esta providencia resulta curioso que la Corte afirme que, *prima facie*, la norma demandada no afecta ningún derecho fundamental, y sin embargo, aplica el principio de proporcionalidad. La aplicación de esta herramienta se justifica en la medida en que, precisamente, *prima facie*, se esté afectando un derecho fundamental.

<sup>130</sup> Véase *supra* nota 102.

<sup>131</sup> La Corte Constitucional no se ha expresado sobre la carga argumentativa que le corresponde al legislador en el ámbito de los juicios de constitucionalidad de las leyes penales. A pesar de ello, estamos de acuerdo con Lopera Mesa. Según esta, los juicios de constitucionalidad en los que se verifica la validez de una intervención legislativa en materia penal que afecta derechos fundamentales deberían funcionar de la siguiente manera: quien demanda la constitucionalidad de una ley debe explicar en qué argumentos se basa su impugnación, de manera que los mismos deben estar respaldados tanto empírica como jurídicamente. Esto es lo que fijará los términos en los que discurrirá el debate. Lo anterior no obsta para que el legislador acuda al juicio para defender la norma que el mismo expidió, de manera que explique cuál es el fin que con la expedición de la ley se pretendía satisfacer, los argumentos y datos empíricos que lo llevaron a considerar la ley como un medio idóneo para

a la justificación que en este aspecto debió realizar el legislador en la exposición de motivos que da lugar a la ley<sup>132</sup>

En segundo lugar, en cuanto al juicio de idoneidad, como pudo verse en páginas anteriores, la Corte hace una aplicación mediocre del mismo. Así, no indaga si en el proceso de expedición de las normas penales analizadas el legislador tuvo en cuenta estudios de factibilidad que permitan respaldar, con base en premisas empíricas fundamentadas en conocimiento técnico y científico, que las mismas pueden contribuir a la protección del bien jurídico que pretende tutelar. Menos aún se pregunta por la adecuación técnica de la norma o si existen estudios sobre experiencias relativas a temas similares, o previsiones de evaluación del funcionamiento de la norma, que puedan demostrar que estas son eficaces o contraproducentes para alcanzar el fin que persiguen. Tampoco se tienen en cuenta aspectos fundamentales como la capacidad de recepción del mensaje por los ciudadanos, la efectividad de la norma como expectativa normativa, su capacidad para ser aplicada coactivamente en casos de incumplimiento y los recursos disponibles para la persecución de las conductas prohibidas.

De esta manera, la Corte olvida que una vez se admite la utilización de herramientas argumentativas como el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, es necesario que al mismo tiempo haya una preocupación por las consideraciones de índole empírica relativas a la eficacia del derecho. El principio de proporcionalidad, como se ha visto en el presente capítulo, no es meramente un juicio de índole jurídica o teórica. Un análisis adecuado requiere sean tenidos en cuenta razonamientos ético-políticos y utilitaristas. De esta manera, si quiere establecerse adecuadamente la idoneidad y necesidad tanto de la conducta prohibida como de la sanción en los términos indicados, es preciso acudir a criterios que en verdad resulten operativos para alcanzar tal fin.

---

alcanzar tales fines, si tuvo en cuenta medidas alternativas y en definitiva, por qué considera que la ley penal conlleva más beneficios que costos. Si sucede que el legislador no comparece a defender la norma, o si expone objeciones en contra de su constitucionalidad, la ley dejaría de gozar de la presunción en cuanto su constitucionalidad. Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 576-584.

<sup>132</sup> Ejemplos de este fenómeno pueden encontrarse en las sentencias C-091 de 2017, C-299 de 2016, C-575 de 2009, C-042 de 2004 y C-392 de 2002. En cambio, en las sentencias C-191 de 2016 y C-417 de 2009 se hace referencia a la justificación dada por el legislador. En la sentencia C-798 de 2008, aunque la Corte se pregunta por la finalidad que el legislador adujo para justificar la norma en cuestión, concluye que este no justifica de ninguna manera la norma en cuestión. En la sentencia C-897 de 2005 la Corte dice que “en ninguna de las instancias de debate sobre la norma –es decir, ni en el trámite legislativo ni durante este proceso de constitucionalidad - surgió el más leve fundamento o razón para explicar por qué conductas de baja lesividad social debían ser elevadas a la categoría de delitos y sancionadas de manera tan drástica como lo dispone la norma acusada”. Por esto, ante tal ausencia, la Corte presume cuál es la finalidad de la norma. Aunque es probable que en muchas de estas ocasiones el legislador ni siquiera haya efectuado tal justificación, o que lo haya hecho de manera inadecuada, como lo suele hacer, ello no significa que sea la Corte la encargada de señalar o presumir cuál es el bien jurídico protegido, por más evidente que ello sea. Tal tarea le corresponde exclusivamente al legislador. En estos casos, cuando el legislador nada dijo acerca del fin que persigue la ley o si la justificación efectuada no se ajusta a los criterios adecuados, lo conveniente sería que el mismo comparezca al juicio de constitucionalidad para que realice la justificación pertinente, absteniéndose la Corte de hacer cualquier tipo de presunción acerca del fin perseguido.

Además, como ya se había mencionado, en ciertas oportunidades confunde el juicio de proporcionalidad en sentido estricto con el principio de proporcionalidad de las penas, cosa que a nuestro criterio no está acorde con una utilización completa y adecuada del principio de proporcionalidad<sup>133</sup>.

De otro lado, cabe mencionar que la Corte, en ocasiones, incurre en una aplicación algo simplificada del juicio de proporcionalidad estricto. Esto porque en dicha etapa, para determinar qué opción tiene más peso (si la intervención legislativa o el derecho fundamental afectado), no efectúa una evaluación global de las ventajas y desventajas que acarrea la intervención legislativa a partir de criterios de diferente índole como los explicados en páginas anteriores. La corporación en mención simplemente se limita a afirmar, sin mayores desarrollos argumentativos, si la intervención legislativa tiene más o menos peso<sup>134</sup>.

Finalmente, consideramos que la costumbre de la Corte de solo aplicar el juicio de proporcionalidad respecto de las sanciones contenidas en las normas enjuiciadas, sin tener en cuenta las normas de conducta (las prohibiciones de los delitos), se traduce en una utilización incompleta de la herramienta en cuestión, pues la prohibición hace parte integral de las normas penales sustanciales, y es menester que se verifique, al igual que se hace con la sanción, cuáles son los derechos fundamentales afectados por esta (que pueden ser distintos a los afectados por la sanción), su idoneidad y su necesidad<sup>135</sup>.

#### 4.4.2.2. Razones por las cuales no serán asumidos los modelos del principio de proporcionalidad utilizados por el Tribunal Constitucional español

En primer lugar, consideramos que el papel excesivamente autorre restrictivo asumido por el Tribunal español lleva a entender que la utilidad del principio de proporcionalidad reside en corregir los excesos manifiestamente inconstitucionales en los que haya incurrido el legislador, planteamiento que resulta adecuado si lo que se quiere es debilitar la capacidad operativa de la herramienta y hacerla prácticamente inoperante.

Por otra parte, hay que mencionar que en la jurisprudencia constitucional española es posible evidenciar pronunciamientos en los que se incurre en líneas argumentativas en las que es difícil determinar con facilidad cuál es la estructura acogida. Así, pudo verse que el Tribunal Constitucional español incurre en aplicaciones del principio de proporcionalidad asistemáticos, en donde se plasman argumentos en juicios que no corresponden, o en donde se superponen los contenidos<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Véase *supra* notas 97 y 100, e *infra* nota 139.

<sup>134</sup> Véase las sentencias C-091 de 2017 y C-392 de 2002.

<sup>135</sup> Véase *supra* nota 106.

<sup>136</sup> En la ATC 395/04, de 19 de octubre, por un lado, se procede a hablar de la necesidad sin abordar previamente el juicio de idoneidad, por otro, se afirma que la norma es necesaria acudiendo a argumentos propios de la proporcionalidad estricta (relativos al “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la conducta punible y la sanción prevista”), y además, no es para nada clara en cuanto a la estructura dada al principio de proporcionalidad. Por su parte, en las ATC 395/04, de 19 de octubre (FJ 6, FJ7) y ATC 332/05, de 19 de octubre,

Luego, el papel autorre restrictivo asumido por el Tribunal Constitucional español se hace particularmente manifiesto en la falta de profundidad con que se abordan los juicios de idoneidad y necesidad<sup>137</sup>. De ahí que hayamos afirmado que tal posición deviene contraproducente para el adecuado enjuiciamiento de las normas penales<sup>138</sup>.

En este orden ideas, por ejemplo, aunque en páginas anteriores se dijo que el Tribunal español en diversas oportunidades correctamente ha reconocido diferentes aspectos que caracterizan el juicio de necesidad, no procede a darle un adecuado desarrollo a los mismos, de manera que no indaga cuáles podrían ser las regulaciones alternativas al recurso penal, ni su posible eficacia, dando por sentado la necesidad de la norma enjuiciada. Y desafortunadamente, esta línea argumentativa se reproduce en diversos pronunciamientos<sup>139</sup>.

Finalmente, al igual que como ocurre en el ámbito jurisprudencial colombiano, por un lado, en ciertas oportunidades el Tribunal español confunde el juicio de proporcionalidad en sentido estricto con el principio de proporcionalidad de las penas, lo cual, por las razones ya señaladas, consideramos objetable. Por otro, el órgano en comento aplica el juicio de proporcionalidad solo teniendo en cuenta las sanciones contenidas en las normas enjuiciadas. Por razones ya también señaladas, consideramos que esta práctica deviene en una aplicación inadecuada del principio de proporcionalidad.

#### *4.4.3. Toma de postura frente al modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa*

Teniendo en cuenta las críticas realizadas a los modelos jurisprudenciales expuestos, en razón de diferentes argumentos, concluiremos que para darle desarrollo a los objetivos del presente trabajo, se asumirá el modelo desarrollado por la profesora Lopera Mesa, que fue explicado en páginas anteriores. Así, para finalizar el presente capítulo, luego de señalar

---

(FJ 6, FJ 7), se alude a la relevancia de los bienes jurídicos protegidos por la norma analizada tanto en el juicio de necesidad como en el de proporcionalidad de las penas. Lo mismo ocurre en la STC/127/09, de 26 de mayo, (FJ 9).

<sup>137</sup> En este sentido, Ripollés afirma que el Tribunal Constitucional español, cuando analiza la idoneidad de las normas penales, no tiene en cuenta aspectos como su capacidad para ser aplicada coactivamente en casos de incumplimiento o la efectividad de la norma como expectativa normativa. Para este autor, los principios generales de efectividad de la norma como prescriptora de conductas o como precepto eficaz para conseguir los fines de tutela no se desarrollan en criterios concretos que resulten operativos para verificar si en efecto se están cumpliendo dichos principios. Aspectos como la capacidad de recepción del mensaje por los ciudadanos, el crédito del legislador en el ámbito de incidencia de la norma, los recursos disponibles para la persecución de las conductas prohibidas, estudios sobre experiencias relativas a temas similares, previsiones de evaluación del funcionamiento de la norma, están ausentes dentro del análisis que el tribunal constitucional hace en esta etapa. Díez Ripollés, J. L (2013): ob.cit., Pág. 245.

<sup>138</sup> Lo lamentable de la situación se puede evidenciar en pronunciamientos como la STC 127/09, de 26 de mayo, (FJ 9), en donde el Tribunal evalúa la proporcionalidad del art. 172.2 del código penal español (coacciones leves en el ámbito de la “violencia de género”), que a nuestro parecer tiene un fuerte componente simbólico. A partir de un análisis superficial, se termina concluyendo que la norma es proporcionada dado que el legislador quiso darle “un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en el párrafo primero del art. 172.2 CP”.

<sup>139</sup> Véase ATC 63/04, de 24 de febrero, (FJ 6); ATC 395/04, de 19 de octubre, (FJ 3); ATC 332/05, de 13 de septiembre, (FJ 6).

porque será asumido el modelo de Lopera Mesa, explicaremos que criterios específicos del mismo no asumiremos para darle desarrollo al objetivo del presente trabajo.

#### 4.4.3.1. Razones por las cuales se adoptará el modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por Lopera Mesa

La propuesta de la profesora Lopera Mesa será nuestro marco de referencia ya que la misma, a nuestro parecer, hace un desarrollo conceptual del principio de proporcionalidad sumamente completo, en el que no se elude ninguno de los complejos problemas a los que se enfrenta la construcción teórica de una herramienta como la estudiada y, también, permite hacerle frente a las críticas que fueron enunciadas en páginas anteriores. Además, el hecho de que sean los derechos fundamentales los límites a las intervenciones legislativas y que los mismos sean definidos a través de una perspectiva principialista, aparte de que es una postura completamente afín con el ordenamiento jurídico colombiano<sup>140</sup>, permite asumir un enfoque particularmente garantista en el que se le da una protección especial a la libertad del individuo y en el que se pueden integrar los diferentes principios que limitan el *ius puniendi*<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Por ejemplo, en las sentencias C-475 de 1997 y C-091 de 2017 la Corte Constitucional colombiana acoge una visión conflictivista de los derechos fundamentales. En la primera, señala: “En síntesis, como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica”. Por su parte, en la segunda comenta que “Como se trata de una evaluación de medios afines hace parte de las posibilidades fácticas de la realización de un derecho, como mandato de optimización”. Además, el hecho de que sean los derechos fundamentales los límites a las intervenciones legislativas tiene una ventaja en un contexto como el colombiano, en el que estos han gozado de un prolífico desarrollo y reconocimiento por parte de la Corte Constitucional. Por otra parte, los modelos del principio de proporcionalidad que no tienen como marco de referencia los derechos fundamentales sino que adoptan como límites a las intervenciones legislativas exclusivamente los clásicos principios y garantías limitadoras del *ius puniendi*, en ordenamientos jurídicos como el colombiano, pueden enfrentarse a un problema: estos modelos acostumbran a confundir el examen de proporcionalidad estricto con el principio de la proporcionalidad de las penas, de manera que en este se busca que el quantum de la pena establecida por la norma penal enjuiciada sea proporcional al delito establecido por la misma. Para establecer aquello, en ocasiones, se acude al criterio relativo a la finalidad que persigue la norma o las finalidades otorgadas a la pena (prevención, retribución, protección del procesado, etc.). Sin embargo, en Colombia, es difícil afirmar que a la pena, en la Constitución Política, se le da una u otra finalidad, por lo cual, estos modelos se verían obligados a incurrir en interpretaciones del ordenamiento jurídico forzadas.

<sup>141</sup> Sin duda alguna, el modelo del principio de proporcionalidad desarrollado por la profesora Lopera Mesa es compatible con el discurso garantista, que entiende que el derecho penal se encuentra legitimado desde una perspectiva externa siempre y cuando consiga atemperar la violencia producida tanto por los delitos, como por el poder punitivo (ya sea estatal o privado), o en palabras de Ferrajoli, cuando “la suma de las violencias -delitos, venganzas y castigos arbitrarios que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos”. Cfr. Ferrajoli, L (1995): *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, Pág. 336. Sin embargo, conviene tener en cuenta que en el presente trabajo, a través del principio de proporcionalidad, analizaremos la legitimidad interna de los delitos objeto de estudio. Por ello, entenderemos que la legitimidad de las normas penales estudiadas debe determinarse a partir del ordenamiento jurídico en el que se insertan, de los diferentes preceptos y valores constitucionales que gobiernan el sistema normativo concreto. En un plano jurídico, que es en el que se desarrolla el presente trabajo, los postulados de validez externa garantistas tienen la capacidad de que, a lo sumo, a la norma penal se le pueda realizar una crítica ético-política, cosa que no invalida la norma o la deja sin efectos. Teniendo en cuenta lo

De esta manera, estamos totalmente de acuerdo con Lopera Mesa al enfocar la construcción teórica del principio de proporcionalidad desde una perspectiva de prohibición de exceso y no desde una perspectiva de prohibición de infraprotección. Esto, porque cada una de estas perspectivas implica dotar de un contenido particular los juicios que conforman el principio de proporcionalidad<sup>142</sup>, y precisamente, es la perspectiva de prohibición de exceso la que armoniza mejor con una visión garantista del derecho penal<sup>143</sup>.

#### 4.4.3.2. Criterios específicos del modelo de Lopera Mesa que no serán asumidos

Sin embargo, no acogeremos la propuesta de Lopera Mesa de manera total. En algunos puntos específicos, a partir de ciertas valoraciones críticas, nos apartaremos del modelo aludido. A continuación, se explicarán tales matizaciones.

A diferencia de Lopera Mesa, consideraremos que la relevancia social de los fines a perseguir constituye un criterio que debe evaluarse en la etapa relativa a la legitimidad del fin (esto es, en la etapa relativa al bien jurídico) y no en el juicio de necesidad.

El principio de fragmentariedad acarrea dos postulados: impone que solo pueden ser tutelados penalmente los bienes esenciales para la convivencia y que, solo cuando se trata de bienes jurídicos muy importantes, se podrá admitir su protección a través de la prohibición de agresiones no tan graves (delitos de peligro, delitos imprudentes), y cuando no son tan importantes, solo podrá admitirse su protección a través de agresiones graves (delitos de

---

anterior, se partirá de la idea de que la norma penal se encuentra legitimada siempre y cuando represente menos costos que beneficios en cuanto a la satisfacción de los derechos fundamentales.

<sup>142</sup> Para ver como se diferencia la estructura del principio de proporcionalidad dependiendo de la perspectiva que se acoja, véase a Bernal Pulido, C (2005): ob.cit.

<sup>143</sup> La perspectiva de prohibición de infraprotección, como bien se explicó en páginas anteriores, parte de la idea de que los individuos tienen un derecho que les da la posibilidad de exigir al Estado protección frente a los ataques de terceros a través del derecho penal. Esto se traduce en que el legislador tiene un deber de proteger por la vía penal los derechos fundamentales, convirtiéndose estos en mandatos de criminalización. Esta idea, que en Colombia se ha visto fortalecida a partir de la errónea convicción de que los convenios y tratados internacionales adscritos al bloque de constitucionalidad obligan a proteger los derechos humanos a través del castigo penal, no tiene en cuenta que la protección penal de los derechos fundamentales es apenas una de tantas opciones, y en todo caso la última de todas, mas nunca un deber que se le impone al legislador, siendo posible que existan razones de rango constitucional que, por el contrario, lo exoneren de hacerlo, pues el derecho fundamental es un límite al ejercicio del poder del Estado, mientras que el bien jurídico nos dirá que debe verse afectado para poder calificar una conducta como delictiva. Así, que la ley penal constituya una garantía de los derechos fundamentales debe interpretarse en el sentido de que los mismos pueden constituir objetos legítimos de tutela penal (bienes jurídicos penalmente tutelables), mas no en el sentido de que todos los derechos fundamentales imponen al legislador deberes de protección penal. Estamos de acuerdo con Lopera Mesa al señalar que tal concepción de los derechos fundamentales, por una parte, pone en crisis la idea del Estado Social como estado asistencial, ya que en vez de hacer uso de programas de inversión social, se prefiere el uso de la pena como dispositivo para protegerlos, y por otra, es apta para conformar programas de derecho penal máximo, desconoce el carácter de última ratio del castigo penal y sobre todo es irrealista, desconociendo la poca capacidad de la tutela penal para proteger derechos fundamentales. Véase Lopera Mesa, G. P (2005): ob.cit., Págs. 34 y sig. Sobre el papel que en la jurisprudencia colombiana juegan los derechos plasmados en los convenios y tratados internacionales como mandatos de criminalización véase Sotomayor Acosta, J. O. y Tamayo, F (2017): “La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista”. Estudios Socio-Jurídicos, vol. 20, n°1, Pág. 213

lesión, delitos dolosos). Es decir, cuanto menor sea la importancia del bien jurídico, más graves deben de ser los ataques contra el mismo. Como se vio, Lopera Mesa aplica ambos postulados en el principio de necesidad, por lo cual, de no poderse predicar tal relevancia, la norma de prohibición no superará dicha etapa. Es con esta decisión metodológica adoptada por Lopera Mesa con la cual no estaremos de acuerdo, pues el primero de los postulados debe aplicarse en la primera etapa del principio de proporcionalidad, cuando definimos el bien jurídico.

Sí entendemos correctamente a la profesora colombiana, esta ubica el criterio relativo a la dañosidad social de las conductas tipificadas en el juicio de necesidad, y no en el examen de la legitimidad del fin, ya que a su parecer esta postura es más respetuosa con la legitimidad democrática que le asiste al legislador en materia político criminal<sup>144</sup>. Sin embargo, no compartiremos tal punto de vista por una razón: incluir el criterio de la dañosidad social en el examen del bien jurídico, que constituye uno de los presupuestos para aplicar los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, permite que los derechos fundamentales no puedan entrar en colisión con cualquier fin autónomo que se proponga alcanzar el legislador, sino solo por fines que impliquen una dañosidad social. Es decir, esta decisión metodológica contrarrestará en cierta medida la crítica que a menudo se le hace a la aplicación del principio de proporcionalidad referida a la relativización de las garantías penales que implica la utilización de esta herramienta. Así, la importancia de concebir de la manera explicada el examen relativo a la legitimidad del fin, radica en que tal propuesta, es la más capaz de fungir como filtro para que aquellos fines que carecen de entidad material y de verdadera importancia social no tengan la posibilidad de ser considerados principios y, por lo tanto, no puedan entrar en colisión con otros principios tan importantes para nuestra sociedad como lo son los derechos fundamentales.

De todas formas, aunque es cierto que el legislador es aquel destinado a determinar que se ha de considerar relevante socialmente y como ha de tutelarse, también es cierto que dicha determinación debe apoyarse en premisas empíricas, que demuestren que aquello que se va a proteger si es verdaderamente relevante para el funcionamiento de la sociedad. Por esto, consideramos que si el criterio relativo a la relevancia social del bien jurídico tutelado es ubicado en el examen del bien jurídico, significaría obligar al legislador a ser más cuidadoso en la motivación de las leyes penales que expide, de manera que se vería forzado a explicar de manera razonable porque considera determinado interés relevante para la sociedad. En este sentido, es de vital importancia que el legislador disponga de los conocimientos necesarios acerca de la realidad social sobre la que intervendrá a través de determinada decisión legislativa<sup>145</sup>. Las valoraciones que este haga deben estar basadas en tales conocimientos, y es importante que aquello se vea reflejado en la motivación de las leyes que expide. Por ello, creemos que ubicar el criterio aludido en el examen relativo a la legitimidad

---

<sup>144</sup> Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 368-370.

<sup>145</sup> Véase, Soto Navarro, S (2003): La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada: Editorial Comares, Págs. 141-142.

del fin no necesariamente significa una vulneración a la legitimidad democrática que en materia penal le asiste al legislador<sup>146</sup>.

En este orden de ideas, tampoco estaremos de acuerdo con aquellas posturas que definen el principio de fragmentariedad como uno que obedece, exclusivamente, a criterios de justicia, según las cuales, los dos postulados que lo integran deben ubicarse en un nivel diferente del juicio de necesidad, que se rige por criterios utilitaristas. De acuerdo a estas propuestas, en la aplicación del principio de proporcionalidad, los postulados del principio de fragmentariedad deben ubicarse en el examen del bien jurídico<sup>147</sup>. No obstante, consideramos que el segundo de los postulados del principio de fragmentariedad debe concretarse a través de criterios tanto utilitaristas como ético-políticos, pues la pregunta por las agresiones más graves necesariamente nos remite a la idoneidad de las mismas y a la lesividad que conllevan en términos de derechos fundamentales. Es decir: un delito de lesión puede que signifique una afectación más concreta al bien jurídico, y que por ende se ajuste *prima facie* más adecuadamente a las exigencias del principio de fragmentariedad, pero no necesariamente es más idóneo, cuestión que en todo caso debe ser resuelta. Por ello, incluiremos en el juicio de necesidad el segundo de los postulados del principio de fragmentariedad, sin que ello implique, a nuestro parecer, una superposición de contenidos.

De esta manera, si entendiéramos que el segundo postulado del principio de fragmentariedad se rige por criterios ético-políticos exclusivamente, y por lo tanto lo vinculamos al juicio relativo a la legitimidad del fin, entonces forzosamente debiéramos a su vez concluir que siempre que se trate de una norma penal sustancial que proteja un bien jurídico no tan importante, desde un comienzo, al aplicar tal juicio, tendríamos que tener por ilegítimos todos los delitos de peligro, todos los delitos omisivos y todos los delitos imprudentes. Tal conclusión no tiene en cuenta que estas modalidades, así signifiquen una afectación menos concreta al bien jurídico, pueden ser más idóneas para protegerlo. Ahora bien, no solo tendremos en cuenta criterios utilitaristas, sino que además, dada la manera en cómo definimos el juicio de necesidad, tendremos en cuenta criterios de justicia, referidos a la intensidad con que las prohibiciones afectan los derechos fundamentales. No debe extrañar que en la mayoría de los casos sea este último criterio el decisivo, pues es difícil determinar

---

<sup>146</sup> Por ejemplo, en la sentencia C-146 de 1994 se habla de la libertad configurativa que le asiste al legislador en cuanto a la definición de la dañosidad social que implican las conductas prohibidas penalmente. Según esta, al establecer los tipos penales, el legislador goza “de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la política criminal, para su prevención y castigo. Así, pues, la consagración de las modalidades que reviste el tipo penal y de las condiciones que se harán exigibles para que él se configure, compete al legislador. La Constitución, por su misma naturaleza, no entra a detallarlas”. Sin duda, estamos de acuerdo con las afirmaciones contenidas en este pronunciamiento. No obstante, añadiríamos algo más: el legislador no solo es el encargado de determinar la dañosidad social de las conductas prohibidas por el derecho penal, sino que también tiene el deber de argumentar, de manera completa y razonable, porque ha considerado tal dañosidad social.

<sup>147</sup> Véase el planteamiento de Prieto del Pino, A. M (2016): ob.cit., Págs. 289-290; También se muestra favorable a tal planteamiento Díez Ripollés, J. L (2013): ob.cit., Pág. 244.

con exactitud la idoneidad de las prohibiciones, por lo cual, ante tal incerteza, deberá optarse por la opción que más respete los derechos fundamentales, es decir, por las modalidades de tipificación más benignas para los derechos de los ciudadanos.

Así, de la manera en que en el presente trabajo entenderemos el principio de proporcionalidad, lo que esta herramienta permite es concretar con cierta exactitud los costes y réditos que en términos de derechos fundamentales conlleva la intervención penal. Por esto, no se descartan desde un principio, por medio de criterios de justicia, unas u otras modalidades de intervención penal, sino que las sometemos a otros exámenes para que sea a través de argumentos tanto ético-políticos como utilitaristas que dichas modalidades, de serlo, se tengan por excesivas. Además, las posturas criticadas se encuentran con el obstáculo de determinar qué bienes jurídicos serán considerados importantes y cuáles no, cosa que termina siendo bastante relativa.

En conclusión, además de asumir un concepto trascendentalista y material del bien jurídico, en el presente trabajo, en el examen relativo a la legitimidad del fin, también nos preguntaremos cuando una realidad tendrá la suficiente relevancia como para ser tutelada por el derecho penal. Para ello, a partir del estudio del sistema social<sup>148</sup>, debe darse cuenta de las realidades que pueden considerarse esenciales para su funcionamiento. En este orden de ideas, serán las realidades socialmente relevantes aquellas susceptibles de protección jurídico-penal, es decir, la conducta prohibida debe significar una verdadera dañosidad social<sup>149</sup>. Ello nos obliga, además, a precisar cuál es el aspecto concreto de esa realidad socialmente relevante que se pretende proteger, de manera que evitemos incurrir en generalidades o abstracciones.

Por su parte, cuando vayamos a aplicar el juicio de necesidad, en su mayoría lo entenderemos como lo entiende Lopera Mesa; serán tenidos en cuenta el principio de subsidiariedad externa, el principio de subsidiariedad interna y el principio de fragmentariedad, solo que en la aplicación de este último criterio no nos preguntaremos por la relevancia social de las conductas, sino que únicamente verificaremos, una vez superadas las exigencias del principio de subsidiariedad (tanto externa como interna) si hay modalidades de tipificación penal alternativa que, siendo idóneas, reduzcan el ámbito de lo prohibido y por lo tanto resulten menos invasivas para los ciudadanos

Finalmente, en el presente trabajo, a diferencia del modelo de Lopera Mesa, de ser necesario aplicar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (es decir, si se llegasen a superar los juicios que le preceden), el peso de cada conjunto de razones no se establecerá a través de una operación matemática en donde a cada juicio de valor se le da una magnitud

---

<sup>148</sup> Sobre la relación de la dogmática penal con las ciencias sociales véase a Silva Sánchez, J. M (1992): Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, Pág. 84 y sig.

<sup>149</sup> Este concepto de bien jurídico es compartido por una parte significativa de la doctrina penal. Ejemplos importantes pueden ser encontrados en Bustos Ramírez, J (1989): Manual de Derecho Penal, Parte General. Barcelona: Editorial Ariel, Págs. 44-56; Silva Sánchez, J. M (1992): ob.cit., Pág. 288.

numérica en aras de determinar cuál de estos tiene mayor peso. Consideramos que a efectos argumentativos es importante tener en cuenta todos los criterios propuestos por Lopera Mesa, y creemos que una vez efectuados los correspondientes análisis será posible realizar la ponderación de manera lógica, clara, precisa y razonable, a partir de los argumentos que se tengan a disposición, prescindiendo de fórmulas matemáticas.

## **5. LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE CAMPAÑAS POLÍTICAS DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO A LA LUZ DEL MODELO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ADOPTADO**

### **5.1. Planteamiento**

Una vez explicados la importancia del sistema normativo de financiación política para la democracia colombiana, las normas que lo componen, el papel que dentro del mismo juegan los delitos de financiación ilegal de campañas políticas contenidos en los artículos 396A, 396B y 396C del código penal colombiano, y luego de haber expuesto en que consiste el principio de proporcionalidad y asumir un determinado modelo del mismo, es posible darle desarrollo al objetivo del presente trabajo: analizar los delitos en mención a la luz de las diferentes etapas argumentativas que componen el juicio de proporcionalidad, para de esta manera, determinar si a través de los mismos, en aras de proteger la salud de la democracia colombiana, el legislador colombiano acudió a la vía correcta, de la manera correcta.

Así, en primer lugar, nos preguntaremos si los delitos estudiados persiguen o no un fin legítimo. En segundo lugar, determinaremos si las prohibiciones y sanciones contenidas en los mismos significan una afectación a derechos fundamentales. En tercer lugar, veremos si los delitos objeto de análisis son idóneos para alcanzar el fin que persiguen. En cuarto lugar, determinaremos si las figuras en mención eran o no eran necesarias para alcanzar el fin que en principio las justifica. En quinto y último lugar, si se llegasen a superar los pasos anteriores, aplicaremos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, de manera que efectuaremos una ponderación entre los argumentos en contra y a favor de declarar la legitimidad material de los tipos penales estudiados.

### **5.2. Legitimidad del fin perseguido por los delitos de financiación ilegal de las campañas políticas del código penal colombiano**

Aquí, se determinará si la protección penal de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano deviene legítima, esto es, si constituyen una realidad material significativa para el adecuado funcionamiento de nuestra sociedad y si no contradicen la Constitución Política de Colombia. Si llegásemos a concluir que tales fines son legítimos, entonces podremos afirmar que los mismos tienen carácter de principio y, por lo tanto, de significar una afectación a otros principios, como por ejemplo los derechos fundamentales, podrían ser ponderados con los mismos. Para darle desarrollo a estos puntos nos preguntaremos cuales son las posibles finalidades que pueden ser vinculadas a los delitos estudiados, luego, se explicará si las finalidades que en efecto persiguen los tipos gozan de legitimidad. Para esto, nos valdremos de lo señalado en el texto constitucional, los argumentos dados por el legislador colombiano en el proceso de expedición de las normas estudiadas, los pronunciamientos que al respecto ha presentado la

Corte Constitucional colombiana y algunos planteamientos aportados por la doctrina española.

### *5.2.1. Las finalidades que pueden ser vinculadas a los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano*

Como se recordará, en el capítulo tercero ya tuvimos una aproximación a la cuestión que en este punto abordaremos. Allí, llegamos a la conclusión de que las reglas que gobiernan la financiación de la política son necesarias para procurar la pluralidad política y la protección de la voluntad popular o, en otras palabras, para facilitar la participación en el juego político de todos los actores que representan los diferentes intereses presentes en nuestra sociedad y asegurar la autonomía de las organizaciones y candidatos elegidos frente a posibles focos de presión ilegítimas, elementos de vital importancia para el buen desarrollo de la democracia. Esto se logra consiguiendo que la financiación en la contienda política se desarrolle en términos de equilibrio en el acceso a las oportunidades y de respeto hacia las normas que rigen el papel que ha de desempeñar el dinero en la política, cosa que precisamente persiguen las normas administrativas que rigen lo relativo a la financiación de la política en Colombia.

Ahora bien, hasta el momento hemos mencionado varios aspectos o finalidades que las normas administrativas que rigen el ámbito de la financiación política procuran. Dado que cada uno de los delitos estudiados remite a normas administrativas diferentes que regulan temas distintos, para darle desarrollo al presente apartado se hace necesario aclarar cuál es la finalidad que persigue cada tipo penal, pues según se trate de una u otra norma, la finalidad que se busca variará. Para determinar esto, aparte de lo que ya fue dicho en el capítulo tercero, serán tenidos en cuenta los señalamientos del legislador colombiano, de la Corte Constitucional colombiana y de la doctrina penal.

Así, en primer lugar, se señalará lo expuesto por el legislador en el proceso de expedición de la Ley 1864 de 2017, mediante la cual se introducen al código penal los delitos objeto de estudio. Como se verá, en tal proceso solo se hace referencia a los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales”. En segundo lugar, se hará mención de algunas de las sentencias en que la Corte Constitucional ha hablado sobre los objetivos buscados con la implementación de las normas que regulan la financiación de la política. Aunque esta corporación no se refiere específicamente a los delitos objeto de estudio, habla sobre las normas a las que los mismos remiten, por lo cual, se trata de la misma materia. En tercer lugar, ya que por el momento la doctrina colombiana no se ha pronunciado sobre el bien jurídico perseguido por los delitos analizados, se explicarán algunas posturas doctrinales sobre el bien jurídico perseguido por los delitos de financiación de partidos políticos de código penal español. Por último, a manera de toma de postura, se concluirá cuáles son las finalidades específicas que se vincularán a cada tipo penal.

#### 5.2.1.1. Las finalidades que según el legislador persiguen los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” del código penal colombiano

En la motivación de la Ley 1864 de 2017, refiriéndose a la propuesta de introducir al código penal el delito de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, se señala que “esta prohibición está encaminada a preservar la transparencia electoral, la voluntad de los electores y la autonomía de los candidatos, quienes, en caso contrario, una vez elegidos, podrían ser obligados a responder a los intereses de quienes los financiaron”<sup>150</sup>. Y refiriéndose a la propuesta de introducir al código penal el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales”, se explica que “el establecimiento de topes está encaminado a proteger la formación democrática de la voluntad popular, así como a proteger los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político, de manera tal que sean las ideas y no el dinero lo que determine el resultado electoral. Una violación de los topes de las campañas electorales pone en riesgo el ejercicio mismo de la democracia”<sup>151</sup>.

#### 5.2.1.2. Las finalidades que según la Corte Constitucional persiguen las normas relativas a la financiación de las campañas políticas

Por su parte, la Corte Constitucional, que también se ha referido a las finalidades perseguidas por las reglas que regulan la financiación de la política, ha llegado a conclusiones similares.

De acuerdo a la sentencia C-089 de 1994, que revisa la constitucionalidad de la Ley 130 de 1994, con los límites a la financiación privada dispuestos en el artículo 14 de la ley en mención, “se busca que la lucha política, en lo posible sea igualitaria, y que la idoneidad intelectual y moral de los candidatos, las ideas y los programas, sean los medios preponderantes a los que apelen los actores en la contienda electoral y los únicos recursos que decidan su suerte”.

La sentencia C-490 de 2011, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1475 de 2011, y que constituye uno de los más importantes pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional en esta materia, apunta: “La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en varias oportunidades al tema de la máxima cuantía, topes máximos o límites permitidos a las contribuciones privadas a las campañas electorales, estableciendo que (...) el establecimiento de estos topes se encuentra encaminado a garantizar los principios de igualdad y transparencia en la contienda electoral”. También, refiriéndose a las reglas relativas a la financiación privada de las campañas políticas, señala que las mismas no solo cumplen un mandato constitucional expreso, sino que persiguen “las finalidades de garantizar

---

<sup>150</sup> Senado de la República de Colombia (2016): Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de Ley número 017 de 2015 de Cámara y número 125 de 2016 de Senado. Gaceta 872 de 2016, Págs. 12-13.

<sup>151</sup> Ibidem, Pág. 14.

los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político en las contiendas políticas y electorales, y de garantizar la esencia misma de una verdadera democracia constitucional, al preservar la conformación legítima de la voluntad popular libre de injerencias ilegítimas o desproporcionadas de los grupos económicos de poder o de intereses particulares que no consulten el bien colectivo o el interés general”.

Por su parte, la sentencia C-397 de 2010, que revisa la constitucionalidad de la Ley 1327 de 2009, explica la importancia que reviste la regla de establecer límites a los aportes privados en la financiación de campañas. Según esta, “es claro que la existencia de límites a los aportes además de ser un requisito ordenado por la ley, tiene una clara finalidad acorde con el principio democrático: preservar la voluntad popular y la libertad en el proceso de formación de la iniciativa popular, para evitar que este mecanismo sea cooptado por intereses particulares de distinta índole y sea utilizado en procura de intereses particulares o sectoriales”.

En la sentencia C-141 de 2010, la Corte señala que “el principio de transparencia en materia electoral apunta al establecimiento de instrumentos encaminados a determinar con precisión el origen, la destinación, al igual que el monto de los recursos económicos que soportan una determinada campaña electoral. De allí que las diversas legislaciones establezcan el deber de rendir cuentas o balances al término de las elecciones, e igualmente, prevean diversas sanciones, bien sea para el candidato o partido político, que incumplan tal deber o que superen los montos máximos autorizados”.

Finalmente, en cuanto a la imposición de topes a los montos que ingresan vía financiación privada en las campañas presidenciales, en la sentencia C-1153 de 2005, la Corte dice que lo que se busca es “evitar la corrupción de las costumbres políticas, pues los candidatos y los partidos que resulten triunfantes en las elecciones pueden llegar a estar involucrados en verdaderos conflictos de intereses, cuando deben a una sola persona natural proporciones muy altas de financiación de sus campañas. Se trata pues de un mecanismo que persigue un fin constitucionalmente importante, cual es el de garantizar la transparencia de la función gubernamental, al evitar el aludido conflicto de intereses”<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Debe señalarse además que la Corte Constitucional ha sido reiterativa acerca de los principios que se deben materializar a través de las reglas de financiación política. Así, en la Sentencia C-141 de 2010 se habla de los principios de transparencia y pluralismo político como fines de las reglas que regulan lo relativo a la financiación y manejo de los recursos de las campañas electorales. En la Sentencia C-490 de 2011 se reitera en diferentes oportunidades la estrecha relación que tiene que haber entre el sistema de financiación político colombiano con los principios de participación, igualdad, transparencia y pluralismo político, principios de orden constitucional que deben ser materializados por las diferentes reglas que regulan la financiación de la política. Por su parte, la Sentencia C-089 de 1994 habla del principio democrático.

### 5.2.1.3. Las finalidades que según la doctrina penal española persiguen los delitos de financiación de partidos políticos del código penal español

Además de los planteamientos del órgano constitucional colombiano, en la doctrina pueden encontrarse posiciones parecidas a las acabadas de exponer. Dado que no se han encontrado aún pronunciamientos doctrinales en los que se revisen los diferentes aspectos dogmáticos concernientes a los delitos establecidos en los artículos 396A, 396B y 396C, vale la pena revisar algunos de los estudios actualmente disponibles sobre la regulación española relativa a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos contenidos en los artículos 304 bis y 304 ter del código penal español. Ello nos podría arrojar algunas luces sobre el bien jurídico protegido por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas introducidos al código penal colombiano. Esto porque, a pesar de que el objeto de regulación de los delitos de financiación política de los códigos penales colombiano y español no es del todo idéntico, al versar sobre la misma materia (que es la financiación de la política), creemos persiguen el mismo fin: la protección de la democracia.

Para Olaizola Nogales, las normas que regulan la adecuada financiación de los partidos políticos se justifican no precisamente porque protegen el funcionamiento interno de estas instituciones, sino más bien porque tutelan las funciones que según la Constitución española las mismas tienen encomendadas, que son la formación y manifestación de la voluntad popular y del pluralismo político<sup>153</sup>.

De acuerdo a Maroto Calatayud, lo que se busca evitar con la regulación autónoma penal de la financiación ilegal de partidos políticos es la desigualdad de oportunidades entre partidos, la quiebra de la democracia interna y la oligarquización de las organizaciones políticas<sup>154</sup>.

Según Puente Aba, el bien jurídico tutelado por los delitos de financiación ilegal de partidos políticos “podría situarse en el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, caracterizado por la transparencia en su financiación, por la igualdad de oportunidades para todas las formaciones políticas, y por la necesaria confianza de los ciudadanos en este sistema, base fundamental del Estado democrático”<sup>155</sup>. Esta conclusión la autora la relaciona con el papel que según el artículo 6 de la Constitución española tienen los partidos políticos: son un instrumento esencial de participación y pluralismo político, son

---

<sup>153</sup> Olaizola Nogales, I (2014): *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, Pág. 192; Olaizola Nogales I (2015): “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”. *La Ley*, n° 8516, Pág 1.

<sup>154</sup> Maroto Calatayud, M (2012): *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político-criminal*. Castilla La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha, Pág. 378. Valga decir que en el texto citado el autor no se refiere específicamente a los delitos de los artículos 304 bis y 304 ter del código penal español, si no que habla sobre el injusto específico contenido en una regulación penal autónoma en donde se tipifique la financiación ilegal de partidos políticos.

<sup>155</sup> Puente Aba, L. M (2017): *El delito de financiación de partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Pág. 59.

los representantes de la voluntad popular. Por ello, para Puente Aba, “resulta imprescindible afirmar, desde una perspectiva ético-social, que nos encontramos ante un interés digno y merecedor de tutela penal, con base en la evidente dañosidad social de los comportamientos que lo vulneran, y asimismo en la propia relevancia social del interés objeto de protección”<sup>156</sup>.

Por su parte, Muñoz Conde, considera que “se trata de un delito contra el orden constitucional, cuyo correcto funcionamiento depende de que los partidos políticos ejerzan, en condiciones de igualdad y garantizando el pluralismo político, su labor de representantes de la voluntad popular sin mediatizaciones de los grandes grupos de presión económica”<sup>157</sup>.

En una línea similar se encuentra la postura de Javato Martín. Para este, “el bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal debe situarse en la tutela o preservación de las funciones que constitucionalmente tienen encomendados los partidos políticos y que son necesarias para el buen desarrollo o funcionamiento del sistema democrático; que según el art 6 de la CE serían expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos”<sup>158</sup>.

Finalmente, Sáinz-Cantero Caparrós, con un planteamiento parecido al de los autores ya citados, considera que el bien jurídico protegido mediante los delitos de financiación ilegal de partidos políticos es el adecuado desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos, a saber, la garantía del pluralismo político, la conformación y manifestación de la voluntad popular, y el desarrollo de la participación política<sup>159</sup>.

#### 5.2.1.4. Toma de postura

Ahora bien, como puede verse, son diversas los fines que el legislador, la Corte Constitucional y la doctrina penal española vinculan a las normas que regulan lo relativo a la financiación de la política. Véase que, según el legislador colombiano, los fines tutelados por los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” son los de la transparencia electoral, la voluntad de los electores, la autonomía de los candidatos, el principio de igualdad y el principio de pluralismo político. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional colombiana afirma que los valores protegidos por las normas que regulan y limitan la financiación privada de las campañas políticas son el pluralismo político, la igualdad de armas que debe haber en el proceso electoral para que haya una competición justa, la protección de la voluntad popular

---

<sup>156</sup> Ibidem, Pág. 67.

<sup>157</sup> Muñoz Conde, F (2017): Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, Pág. 485.

<sup>158</sup> Javato Martín, A. M (2017): “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP. Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado”. RECPC, vol. 19, n°26, Pág. 24.

<sup>159</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, J. E (2015) “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cueva, L. (director): Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). Madrid: Dykinson, Pág. 666.

ante injerencias ilegítimas, la autonomía de los competidores ante los grupos de presión desproporcionados y la transparencia en el ámbito de la financiación. Luego, de manera similar, buena parte de la doctrina española ha concluido que el bien jurídico protegido por los delitos de financiación ilegal de partidos políticos del código penal español es el adecuado funcionamiento del sistema democrático, entre cuyos aspectos esenciales se encuentra la protección de la voluntad popular, la autonomía de los partidos políticos, la igualdad en el acceso a las oportunidades y el pluralismo político.

Por lo tanto, creemos adecuado determinar con algo más de precisión cuál es el bien jurídico específico perseguido por cada tipo penal. Recuérdese que a efectos dogmáticos es importante que se precise con el mayor detalle posible cual es la finalidad tutelada. Entre otros, la concreción de este elemento es útil para darle cumplimiento al principio de lesividad, el cual, precisamente debe ser materializado en la presente etapa del principio de proporcionalidad.

De esta manera, las normas relativas a las fuentes prohibidas de financiación de campañas políticas pretenden la protección de la voluntad popular y la autonomía de los candidatos frente a posibles fuentes de presión ilegítimas. Esto porque algunas fuentes se prohíben precisamente por su proclividad a fungir como un foco de presión ilegítimo. Estas son entonces las finalidades que directamente persigue el delito contenido en el artículo 396A del código penal colombiano.

Por su parte, con las normas relativas a los topes de gastos de las campañas lo que se busca es poner un límite para que, por un lado, el poderío económico no sea el único factor determinante para poder llegar al poder, y por otro, para difundir el mensaje político en condiciones equilibradas. Esto porque aquel candidato que se gaste más dinero de lo debido no solo tendrá más oportunidades de triunfar en la competición electoral, sino que, independientemente de que consiga el triunfo o no, habrá podido difundir su mensaje en mayor cantidad, lo cual, va en detrimento del equilibrio que debe haber en el acceso a las oportunidades para las diferentes propuestas políticas en competencia. Por ello, de no existir tales límites, serán aquellos que tengan más dinero los que estarán destinados a estar siempre en el poder, cosa que, entre otros, atentaría contra la pluralidad política y significaría un obstáculo para el desarrollo de una democracia en donde las ideas y propuestas (y no solo el dinero) jueguen un papel fundamental. En otras palabras, de no existir tales normas, el poder democrático sería apenas un reflejo del poder económico. Esta es, por lo tanto, la finalidad que justifica el delito contenido en el artículo 396B del código penal colombiano.

Finalmente, las normas referidas a la obligación de rendir informe acerca de los aportes efectuados a las campañas políticas no tienen un propósito diferente al de procurar el cumplimiento de las normas que limitan la financiación privada de campañas políticas, por lo cual, aunque de manera más indirecta, persigue las mismas finalidades procuradas por estas. Por esto, los objetivos perseguidos por el delito de “omisión de información del aportante” contenido en el artículo 396C son entonces los mismos de los que hemos estado

hablando durante el desarrollo del presente trabajo: la protección de la voluntad popular, la autonomía de los candidatos frente a posibles fuentes de presión ilegítimas y la pluralidad política<sup>160</sup>.

En conclusión, los aspectos acabados de mencionar constituyen los bienes jurídicos que directamente se protegen por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano, esto es, los bienes jurídicos en sentido técnico. Los mismos podrían clasificarse como bienes jurídicos colectivos autónomos<sup>161</sup>. La democracia, cuyo correcto funcionamiento requiere sean garantizados tales aspectos, constituye la *ratio legis* de la criminalización. Es decir, la democracia debe ser vista como una unidad conformada por diferentes elementos, todos necesarios si se quiere conservar la integridad y buen funcionamiento de la misma, de manera que si uno de tales elementos se llegare a atrofiar, se deformaría a su vez la democracia misma<sup>162</sup>. Se trata, pues, de un elemento susceptible de

---

<sup>160</sup> Como pudo verse en los planteamientos señalados en páginas anteriores, la transparencia es vista como uno de los bienes jurídicos a proteger mediante las normas que regulan la actividad del dinero en la política. Sin embargo, en el presente trabajo diremos que la transparencia no es precisamente un bien jurídico a tutelar mediante las normas en mención. Esto porque las normas que procuran la transparencia en el ámbito electoral (como por ejemplo, la obligación que tienen los candidatos y partidos políticos de presentar informes financieros ante las autoridades competentes) tienen el objetivo de facilitar el cumplimiento de otras normas que rigen en el ámbito de la financiación política y que garantizan aspectos esenciales para el correcto funcionamiento de la democracia (como por ejemplo la pluralidad política y la adecuada conformación y manifestación de la voluntad popular), lo cual, hace de la misma un medio que indirectamente facilita el alcance de tales aspectos. Pero precisamente, por ser apenas un medio de protección indirecta, la transparencia por sí misma no constituye un bien jurídico.

<sup>161</sup> La democracia y los aspectos que la componen, vistos como principios, tienen como objeto la optimización de intereses que se consideran valiosos para la sociedad en general, pero no admiten ser distribuidos entre los individuos que la componen. Por esto, dado que se trata de intereses que no son susceptibles de titularidad individual, el objetivo es garantizar su aprovechamiento por todos. Ahora bien, los bienes jurídicos colectivos se suelen clasificar en dos tipos. Unos, son los que tienen una relación con los bienes jurídicos individuales. Estos, a través de la protección de bienes públicos, como por ejemplo, la salud pública o el medio ambiente, pretenden proteger bienes jurídicos individuales, como por ejemplo la vida o la integridad. Por ello, suelen ser llamados bienes jurídicos “individualizables”. El segundo tipo de bienes jurídicos colectivos son los autónomos, los cuales, carecen de ese referente a un bien jurídico individual. Estos a su vez se clasifican en dos tipos: aquellos destinados a proteger prestaciones y recursos básicos para el funcionamiento del sistema social y aquellos destinados a orientados a la protección de las instituciones estatales necesarias para garantizar tales prestaciones y recursos. Sobre los rasgos de los bienes jurídicos colectivos, véase Soto Navarro, S (2003): ob.cit., Págs. 193 y sig.

<sup>162</sup> Pudiera pensarse que la democracia, dada su dimensión, constituye el bien jurídico mediato, y los elementos que la conforman, esto es, los bienes jurídicos protegidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas, serán los bienes jurídicos inmediatos. Sin embargo, según Martínez Buján, C (2014): Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, Págs. 171-175; las categorías de bien jurídico inmediato y bien jurídico mediato “surgen para ser aplicadas a delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales inmateriales o espiritualizados, con respecto a los cuales resulta difícilmente concebible la tipificación de una lesión o de una puesta en concreto peligro, toda vez que la vulneración de dichos bienes nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino a través, en su caso, de una reiteración generalizada de conductas; de ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico inmaterial colectivo, la acción individual carezca de la necesaria lesividad”. Por esto, dado que la democracia en efecto si puede resultar lesionada o puesta en peligro concreto a través de conductas individuales, la distinción entre bienes jurídicos mediatos y bienes jurídicos inmediatos no es del todo apropiada para el caso que nos ocupa. Además, tales posturas que buscan diferenciar un bien jurídico mediato de uno inmediato lo que pretenden es construir tipos

ser concretado en aspectos más precisos, y como ya habíamos sugerido anteriormente, la concreción del aspecto a proteger es una tarea de suma importancia si se quiere poner en práctica el principio de lesividad.

### *5.2.2. La materialidad, relevancia social y no contradicción con la Constitución de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano*

Una vez aclarados los fines o bienes jurídicos perseguidos por cada tipo penal, puede comenzarse el análisis relativo a su legitimidad. Para ello, en primer lugar, hemos de determinar si tales finalidades constituyen realidades materiales relevantes para el adecuado funcionamiento de nuestra sociedad. En segundo lugar, hemos de verificar si no contradicen la Constitución Política de Colombia.

#### 5.2.2.1 La materialidad y relevancia social de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano

En el capítulo tercero se explicó lo fundamental que es para la democracia de una sociedad, y especialmente para una sociedad como la colombiana, que la financiación de la política se desarrolle adecuadamente. Precisamente, la exposición dada en dicho capítulo, en parte, tenía como finalidad demostrar la idea en mención. Creemos que con la explicación dada pudo probarse que, en efecto, el menoscabo de las normas que gobiernan la injerencia del dinero en la política son relevantes para una sociedad democrática.

En este orden de ideas, creemos acertado concluir los aspectos en mención son bienes jurídicos que constituyen realidades materiales de suma importancia para el adecuado funcionamiento de nuestra sociedad, pues la democracia, es una institución que garantiza ciertos valores, prácticas y libertades considerados esenciales. Así, del correcto funcionamiento de esta, dependen la materialización de una pluralidad de bienes que tienen una relación tanto directa como indirecta con la misma. Lo anterior, encuentra sustento en la Constitución Política colombiana, que en sus artículos primero y segundo afirma que Colombia es un Estado democrático, participativo y pluralista entre cuyos fines se encuentra “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Por ello, aquellas conductas que quebranten las normas administrativas relativas a la financiación de la política, que procuran la protección de los aspectos en mención, al menoscabar un elemento esencial para el adecuado funcionamiento de nuestra sociedad, como lo es la democracia, son dignas de prohibirse penalmente, pues implican una evidente dañosidad social.

---

de lesión para así eludir los problemas de constitucionalidad que presentan los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos, con lo cual, no estamos de acuerdo.

### 5.2.2.2. La no contradicción de las finalidades perseguidas por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano con la Constitución Política de Colombia

Teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, es fácil anticipar que las finalidades perseguidas por los delitos estudiados, además de constituir bienes jurídicos referidos a una realidad material relevante socialmente, no contradicen la Constitución Política colombiana. Por el contrario, aparte de que se trata de objetivos reconocidos por la jurisprudencia constitucional colombiana, los mismos encuentran reconocimiento expreso por el mencionado estatuto.

Así, la Constitución Política colombiana reconoce expresamente la importancia de las reglas relativas a la financiación de la política, incorporando diversas normas al respecto. Entre estas, se incluyen reglas que regulan aspectos relativos a los topes de gastos en las campañas políticas, las fuentes prohibidas de financiación y el deber que tienen los candidatos y las organizaciones políticas de rendir cuentas sobre sus ingresos y gastos. De esta manera, en su artículo 109 establece que el Estado “podrá limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas, de acuerdo con la ley”; que “Los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos y candidatos deberán rendir públicamente cuentas sobre el volumen, origen y destino de sus ingresos”. Y, como ya habíamos anticipado en el tercer capítulo, también señala que “ningún tipo de financiación privada podrá tener fines antidemocráticos o atentatorios del orden público”, prohibiéndoles a las organizaciones políticas recibir financiación para campañas electorales de personas naturales o jurídicas extranjeras. Además, en su artículo 110, prohíbe “a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan”, estipulando como sanción la remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

Por todo lo anterior concluiremos que los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” y de “omisión de información del aportante”, tutelan bienes jurídicos dignos de protección penal, pues, como hemos dicho, constituyen realidades consideradas importantes para el correcto funcionamiento de nuestra sociedad que se encuentran reconocidas expresamente por la Constitución Política colombiana.

### **5.3. Posiciones de derecho fundamental afectadas por las prohibiciones y penas contenidos en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano**

En las siguientes páginas, revisaremos si las conductas y penas tipificadas a través de los delitos objeto de análisis afectan derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política colombiana. Si la respuesta es afirmativa, y habiendo previamente afirmado que las

mismas persiguen un fin legítimo, deberá concluirse que en efecto existe un conflicto entre las primeras y los segundos, lo cuál, nos dará pie para aplicar los demás juicios que conforman el principio de proporcionalidad.

### *5.3.1. Posiciones de derecho fundamental afectadas por las prohibiciones contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano*

Partir de una visión conflictivista de los derechos fundamentales no solo implica adoptar un determinado concepto de los mismos, sino que además nos permite hablar de un derecho fundamental a la libertad general, mediante el cual todos los individuos tienen la facultad, *prima facie*, de hacer o no hacer lo que quieran. Decimos que *prima facie* ya que, como cualquier derecho fundamental, en la medida en que constituye un principio optimizable, el derecho a la libertad general puede ser limitado. En este orden de ideas, si afirmamos que los derechos fundamentales contienen un ámbito de protección inicial amplio que puede entrar en conflicto con otros principios, podremos a su vez afirmar que existe un derecho general de libertad que, por ende, puede ser afectado. Lo anterior porque, si partiéramos de una visión coherentista de los derechos fundamentales en la que los mismos se conciben como mandatos que se cumplen del todo o no se cumplen en lo absoluto, esto es, que no aceptan límites externos, que no entran en conflicto con otros principios jurídicos, y cuyo contenido es siempre definitivo (ya viene prestablecido), no podríamos hablar de un derecho de libertad general, pues de hacerlo, nos veríamos forzados a aceptar que cada cual tiene el derecho a hacer u omitir lo que quiera sin posibilidad de que este derecho sea limitado. Tal conclusión, como puede verse, sería contraproducente<sup>163</sup>. De esta manera, la posibilidad de hablar de un derecho fundamental a la libertad general del individuo es una consecuencia y ventaja importante de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales, la cual, se enmarca dentro de una filosofía política de corte liberal que le pretende otorgar al individuo una protección especial frente al Estado.

Por esto, partiendo de la base de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, es perfectamente posible afirmar que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 16, en el que se garantiza el derecho a la libertad de expresión, reconoce a su vez un derecho fundamental de libertad general que, en principio, permite hacer u omitir a cada uno lo que quiera<sup>164</sup>. Esto se traduce en que los ciudadanos colombianos, en la medida en

---

<sup>163</sup> Véase entonces que la postura teórica que en este trabajo asumimos tiene la virtud de darle a la libertad una mayor protección jurídica, pues le otorga un supuesto de hecho amplio en el que se protege toda manifestación de la libertad y obliga al legislador a justificar cualquier intervención sobre la misma. Véase a Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 281 y sig.

<sup>164</sup> En el Salvamento de Voto de la Sentencia C-290 de 2019, parece se reconoce el derecho a la libertad general en el artículo 28 de la Constitución Política. Sin embargo, en la Sentencia T-595 de 2017, tal derecho es derivado del art. 16 de la Constitución. Según esta, en el art. 16 de la Constitución: “se consagra la libertad in nuce, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad”. Asimismo, para Lopera Mesa, la libertad general de acción recibe protección iusfundamental a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 16 de la Constitución Política colombiana. Lopera Mesa, G. P (2005): ob.cit., Pág. 26.

que no haya restricción legal alguna, tienen derecho a que el Estado no impida sus acciones y omisiones. Por esto, toda intervención legislativa que obligue o prohíba algo ha de significar una afectación al derecho fundamental aludido. Así, siempre que el Estado pretenda limitar esa libertad general, a través de una intervención legislativa en la que se quiera obligar o prohibir la realización de un determinado comportamiento, cualquiera que sea, deberá justificar tal intervención.

Concluiremos entonces que las prohibiciones contenidas en los delitos objeto de estudio limitan y afectan el derecho a la libertad general que tienen los individuos colombianos reconocido en el artículo 16 de la Constitución Política colombiana, toda vez que los mismos prohíben la realización de las conductas tipificadas. De todas formas, recuérdese que con esto todavía no se ha dicho nada acerca de si tales prohibiciones son convenientes o inconvenientes en términos constitucionales. Solo se ha afirmado que las mismas, en la medida en que significan una restricción a la libertad general, deben ser justificadas, lo cual constituye, en parte, el objetivo del presente trabajo<sup>165</sup>.

### *5.3.2. Posiciones de derecho fundamental afectadas por las penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano*

Ya que los delitos analizados contemplan tres tipos de sanciones diferentes: la pena de prisión, la pena de multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; a continuación, revisaremos cuáles son los derechos fundamentales que se ven afectados negativamente por cada una de estas.

Entre los derechos fundamentales que necesariamente se ven afectados por la pena de prisión, que son reconocidos por la Constitución Política colombiana, se encuentran los de libertad de locomoción (art. 24), libertad de ejercer el oficio que se quiera (art. 26), la intimidad personal y familiar (art. 15), la libertad de reunión y asociación (art. 20), el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión (arts. 16, 18, 19 y 20). Además, es preciso mencionar ciertas consecuencias de la pena que a pesar de ser indirectas y no intencionadas, hacen parte del concepto explicado en el capítulo anterior de afectación negativa a un derecho fundamental, por lo cual han de ser tenidas en cuenta en el análisis de proporcionalidad, pues afectan derechos fundamentales reconocidos por la Constitución

---

<sup>165</sup> Podría pensarse que las prohibiciones contenidas en los delitos objeto de estudio, al ser prohibiciones que remiten a ciertas normas administrativas, además del derecho fundamental a la libertad general, pueden significar una vulneración al principio de legalidad. Sin embargo, tal y como comenta Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 244-245; el principio de proporcionalidad “sólo estructura la argumentación referida a los aspectos sustanciales de la justificación de una norma penal, esto es, aquéllos dirigidos a establecer si, desde el punto de vista de su contenido, la norma satisface los criterios que señalan hasta dónde se extiende la competencia del legislador para limitar los derechos fundamentales, mas no comprende los aspectos formales de dicha justificación, los cuales, tratándose de leyes penales, se refieren básicamente al respeto al principio de legalidad. Dicha distinción se reproduce tanto en el plano de la legitimidad externa como en el ámbito interno de la validez y, en ambos casos, la verificación de los aspectos formales tiene carácter previo e independiente al enjuiciamiento del contenido de la norma”. Así, el principio de legalidad tiene que ver con la seguridad jurídica, cosa diferente a los posibles excesos del legislador en materia sustancial.

Política colombiana. Dado el hacinamiento existente en las cárceles colombianas, las pésimas condiciones de la infraestructura y la falta de personal y servicios públicos presente en las mismas, los derechos a la dignidad humana (art. 1), a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 11 y 12), a la salud (art. 49), a la familia (art. 42), al trabajo (art. 25) y a la educación (art. 67) se ven altamente afectados<sup>166</sup>.

También, circunstancias como la discriminación y estigmatización presentes en el ámbito laboral y social, la falta de oportunidades en un contexto de precariedad como el colombiano, y la carencia de destrezas sociales que caracteriza a los pospenados luego de largos periodos de exclusión y reclusión, logran que la excarcelación del sujeto suela estar acompañada por la imposibilidad de su reinserción<sup>167</sup>, derecho fundamental que encuentra reconocimiento en la Constitución Política a través del bloque de constitucionalidad<sup>168</sup>. En este orden de ideas, factores como los mencionados imposibilitan entonces una verdadera “reintegración del sujeto en sus derechos y posibilidades de participación social”<sup>169</sup>.

Por su parte, la pena de multa significa una afectación negativa al derecho de propiedad estipulado en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia.

De otro lado, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al condenado del ejercicio de cualquier derecho político, los cuales, se encuentran reconocidos por el artículo 40 de la Constitución Política colombiana.

Finalmente, si se tiene en cuenta que las instituciones judiciales que conforman el sistema de justicia penal colombiano son incapaces de soportar la constante expansión a la que el poder punitivo se ha visto sometido, derechos fundamentales como el debido proceso constantemente se ven violados (art. 29).

En vista de lo anterior, puede entenderse porqué las sanciones penales, y particularmente la pena de prisión, son altamente afflictivas y afectan de manera grave y enérgica los derechos fundamentales de los condenados. Por esto, el amplio abanico de derechos fundamentales limitados por la aplicación de una pena de prisión en Colombia, como bien afirma Lopera Mesa, tiene que ser puesto a consideración “en el balance de razones que se efectúa cuando se examina la justificación constitucional del recurso al derecho penal, pues lo contrario

---

<sup>166</sup> Esto fue reconocido por la Corte Constitucional en las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 en las que se declara el estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria. A través de estas se reconoce una evidente violación sistemática y masiva de los derechos fundamentales de la población reclusa, por lo cual, se ordenan una serie de medidas con el propósito de contrarrestar las condiciones que están dando lugar a la comentada situación.

<sup>167</sup> Al respecto, véase Escobar Vélez, S (2017): “Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social” en Gutiérrez Quevedo, M. y Olarte Delgado, A. M (editoras): Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Págs. 493-528.

<sup>168</sup> Así lo concluyen Sotomayor Acosta, J. O. y Uribe Hincapié, A. M (2018): “Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado” en Ramírez Barbosa, P. A: Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Bogotá: Temis, Págs. 154-159.

<sup>169</sup> Brandariz García, J. A (2014): El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea. Madrid: Dykinson, Pág. 158.

supone desconocer la singular naturaleza de esta herramienta de control social e igualmente adoptar una postura inconsistente con la interpretación amplia de los derechos fundamentales y del concepto de intervención que se asume como punto de partida en la utilización del principio de proporcionalidad”<sup>170</sup>.

Concluiremos entonces que los delitos de financiación ilegal de campañas políticas introducidos al código penal colombiano interfieren de manera negativa en los derechos fundamentales mencionados en los párrafos anteriores. Por esto, afirmaremos que, en efecto, existe un conflicto entre algunos de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política colombiana y los delitos objeto de estudio, por lo que, a continuación, pasaremos a revisar si estos últimos constituyen medios idóneos y necesarios para alcanzar los fines que persiguen. Luego, si se superasen tales análisis, deberá aplicarse el último paso que conforma el principio de proporcionalidad: la ponderación entre las razones a favor de la constitucionalidad de las normas objeto de estudio y las razones en contra.

#### **5.4. La idoneidad de las prohibiciones y penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano**

A continuación, revisaremos si los delitos estudiados son idóneos, es decir, si entre estos y su finalidad existe una relación de causalidad positiva. Para ello, se distinguirá entre la idoneidad de las prohibiciones y la idoneidad de las penas.

##### *5.4.1. La idoneidad de las prohibiciones contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano*

Para darle desarrollo a este punto, verificaremos que las conductas previstas por los tipos penales tengan la capacidad de lesionar o, mínimamente, poner en peligro el bien jurídico que pretenden proteger. Esto, a su vez, requiere sea comprobado que la acción típica es de aquellas que tienen la capacidad de causar modificaciones en el mundo material, de manera que al menos, como mínimo, represente un peligro abstracto para el bien jurídico.

Sin que sea necesario ahondar mucho al respecto, es evidente que las conductas tipificadas en los delitos objeto de estudio son exteriores, es decir, tienen la aptitud de causar modificaciones en el mundo material. Ahora bien, la determinación del tipo de afectación que las conductas tipificadas significan para los bienes jurídicos protegidos implica un análisis un poco más riguroso. Es en este punto donde determinar con exactitud los bienes jurídicos tutelados cobra especial importancia, pues para determinar el desvalor de resultado de la conducta típica, el punto de referencia será el bien jurídico tutelado.

De esta manera, teniendo en cuenta lo concluido en el aparatado relativo a las finalidades perseguidas por los delitos estudiados, y partiendo de la idea según la cual es perfectamente

---

<sup>170</sup> . Lopera Mesa, G. P (2005): ob.cit., Pág. 31.

posible lesionar los bienes jurídicos colectivos a través de conductas individuales<sup>171</sup>, debe concluirse que el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” es de lesión, pues el incumplimiento de las disposiciones relativas a los topes de gastos ha de significar un menoscabo a la pluralidad política y al desarrollo de una democracia en la que no sea el dinero el único factor determinante en la competencia electoral. Es decir, siempre que una campaña política sobrepase los topes de gastos estará creando una distorsión grave en el equilibrio que debe mediar el adecuado proceso democrático<sup>172</sup>. Por ello, la tipicidad de este delito requiere que se produzca una lesión en el bien jurídico mencionado.

No obstante, algo diferente ocurre con los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “omisión de información del aportante”. Ambos constituyen tipos de peligro abstracto.

Respecto del delito de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, debe decirse que el incumplimiento de las normas a las que se refiere no necesariamente han de significar una lesión o una puesta en peligro concreto para el bien jurídico protegido, relativo a la protección de la voluntad popular y la autonomía de los candidatos frente influencias ilegítimas, pues perfectamente puede pasar que la fuente prohibida de la que se recibió financiación en ningún momento signifique un foco de presión ilegítimo. Ello dependerá de cada caso. Por lo tanto, debe concluirse que a través de esta figura el legislador decidió adelantar las barreras de protección penal por medio de la creación de un delito mediante el cual se presume que el incumplimiento de las reglas relativas a las fuentes prohibidas necesariamente significa un atentado al bien jurídico protegido.

Respecto del delito de “omisión de información del aportante”, pareciera que lo que se está castigando es una presunta participación en los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales”. Es decir, se castiga ya que se parte de una doble presunción: por un lado, se presume que quien no de informe del aporte efectuado a una campaña política lo hace porque está yendo en contravía de las normas relativas a la prohibición de fuentes y al monto permitido de las contribuciones a las campañas políticas (cosa que perfectamente puede no ocurra de esa manera) y por otro, se presume que ello significaría una contribución al menoscabo de los bienes jurídicos que precisamente persiguen los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “violación de los topes o límites de

---

<sup>171</sup> Cfr. Soto Navarro, S (2003), ob.cit., Págs. 316 y sig.

<sup>172</sup> Afirmamos que es de lesión ya que es inconcebible un caso en el que se incurra en la conducta típica y no se lesione el bien jurídico. Incluso si se piensa en una situación como la siguiente: un candidato gana las elecciones y se demuestra que violó las reglas relativas a los topes de gastos. También se demuestra que si no hubiese violado tales reglas igual sería el ganador de las elecciones. En este caso, aunque gana las elecciones el candidato que de todas formas iba a ganar, se lesionó la pluralidad política entendida como el desarrollo de una democracia en la que las propuestas políticas tienen todas oportunidad de difundir su mensaje en igualdad de condiciones, dándose un equilibrio en el acceso a las oportunidades. Así, el candidato que gastó más dinero de lo debido anuló tal oportunidad y acaparó para sí las posibilidades de difusión del mensaje.

gastos en las campañas electorales” (y puede darse que un aportante que no de informe de su aporte, que constituya una fuente prohibida y que contribuya más de lo debido, no esté afectando de manera concreta los bienes jurídicos protegidos) . Por ello, no hay duda de que con la expedición del delito analizado el legislador retrotrae en demasía las barreras de protección penal, pues la distancia entre la conducta tipificada y los bienes jurídicos que se pretenden proteger resulta excesiva. Esto hace que perfectamente se puedan presentar casos en los que se incurra en la conducta tipificada y ni siquiera se cree un peligro concreto para la democracia y para los bienes jurídicos mencionados en los párrafos anteriores<sup>173</sup>. Estamos, por lo tanto, ante un tipo penal de peligro abstracto.

Ahora bien, el hecho de que los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “omisión de información del aportante” contenidos en los artículos 396A y 396C del código penal colombiano, sean de peligro abstracto, será un indicio que jugará en contra de su idoneidad para proteger los bienes jurídicos perseguidos.

Por casos como estos es que Lopera Mesa correctamente afirma que “el principal problema que plantea el juicio de idoneidad de las prohibiciones penales es su aplicación a los delitos de peligro abstracto”<sup>174</sup>. Esto porque es sumamente difícil establecer criterios que permitan identificar con precisión cuándo estamos ante una conducta que conlleve alguna lesividad para el bien jurídico protegido (trátase de una lesión o de un peligro concreto real) y cuándo ante una conducta carente por completo de lesividad para el mismo<sup>175</sup>. Tal determinación requiere el establecimiento de reglas de experiencia que nos permitan efectuar un pronóstico acerca de las consecuencias de ciertos hechos que presentan determinadas características.

No obstante, debe decirse que no tenemos a disposición tales pronósticos, reglas de experiencia o estudios similares que nos permitan determinar con base en premisas empíricas

---

<sup>173</sup> Perfectamente puede darse un caso en el que se incumplan las formalidades a las que se refiere el delito en mención y ni siquiera se cree un peligro abstracto para el bien jurídico inmediato. Por ejemplo, puede darse que un aporte determinado cumpla con todos los requisitos exigidos por la ley (se trata de una fuente permitida, aporta una cuantía permitida, etc.) y sin embargo el aportante simplemente no cumplió con la exigencia de presentar ante la autoridad competente el informe de su aporte. En este caso no se creó ningún tipo de peligro o afectación para la democracia o para los aspectos que la componen. Podría pensarse, por lo tanto, que este tipo penal encaja dentro de lo que Martínez Buján llama delitos de peligro abstracto puramente formales, en los que la conducta típica se agota en la infracción de formalidades impuestas por normas extrapenales, cuyo cumplimiento se trata de asegurar a través del derecho penal. Según este autor los delitos de peligro abstracto puramente formales carecen “de todo contenido de injusto material, o sea, tipos que en la doctrina han sido calificados de delitos “de pura desobediencia” (JAKOBS) o delitos “con función puramente organizativa formal” (SCHÜNEMANN), caracterizados por el hecho de que el sedicente “interés abstracto” resulta ya vulnerado con la mera infracción de la prohibición y sin que el injusto penal incorpore restricción típica material alguna. Se trata, en puridad de principios, de auténticos ilícitos administrativos cuya elevación al rango de infracción penal es criticable”. Martínez Buján, C (2014): ob.cit., Págs. 209-210. Sin embargo, concluir que el delito de “omisión de información del aportante” carece por completo de antijuridicidad material es dudoso, pues pueden darse casos en los que se incurra en la conducta tipificada y en efecto se vulneren los bienes jurídicos protegidos.

<sup>174</sup> Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Pág. 402.

<sup>175</sup> Ibidem, Pág. 404.

si, generalmente, cuando se incurre en las conductas tipificadas por los delitos en mención se crea por lo menos un peligro efectivo para los bienes jurídicos protegidos.

Por esto, dada la dificultad de afirmar con exactitud que entre las conductas prohibidas por los delitos y los fines perseguidos por estos no hay en absoluto una relación de causalidad positiva, nos abstendremos de negar la idoneidad de las mismas. De todas formas, a pesar de atrevernos a efectuar tal afirmación, el hecho de que la idoneidad de la conducta tipificada por estos sea dudosa sigue siendo cierto, lo cual, será un factor que habrá de ser tenido en cuenta más adelante, en la ponderación.

No obstante, tales prohibiciones se darán por idóneas bajo el entendido de que la tipicidad de las mismas solo se perfeccionará cuando se haya comprobado su peligrosidad *ex ante* en el caso concreto. Ello es afín con el código penal colombiano, que en su artículo 11 exige que por lo menos se cree un peligro efectivo para poder predicar la antijuridicidad de la conducta enjuiciada. Tal comprobación le corresponderá hacerla al juez encargado de aplicar la ley penal en cada caso<sup>176</sup>.

Según lo anterior, la realización de las conductas tipificadas en los arts. 396A, 396B y 396C del código penal colombiano tienen la virtualidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico inmediato perseguido, por lo cual, son idóneas en el sentido aludido.

#### *5.4.2. La idoneidad de las penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano*

En el examen de la idoneidad de las penas verificaremos si la norma penal es eficaz para proteger los bienes jurídicos que el legislador desea tutelar, de manera que sea capaz de prevenir la comisión de conductas con la virtud de lesionarlos o ponerlos en peligro.

En el apartado anterior pudimos apreciar que en materia de idoneidad de las prohibiciones es difícil llegar a conclusiones definitivas que permitan desvirtuar, de manera absoluta, la eficacia de la norma penal. Esto también se hace evidente respecto de la idoneidad de la sanción penal. En este ámbito no hay certezas. Sin embargo, ello no quiere decir que deba descartarse, desde un principio, toda capacidad disuasoria de la pena. Es posible que la haya. Tampoco significa que, por el contrario, la idoneidad de la sanción penal deba darse por sentada, pues afirmar que en general las prohibiciones penales pueden tener un efecto preventivo no implica que el mismo sea predicable de todas las normas penales. Lo pertinente es que, como mínimo, se acuda a todos los medios probatorios y argumentos que haya a disposición que permitan identificar en que medida la sanción penal es idónea o inidónea. Este esfuerzo es necesario si no se quiere que el principio de proporcionalidad pierda gran parte de su capacidad operativa.

---

<sup>176</sup> Ibidem. Págs. 409.

De esta manera, aunque es cierto que la dificultad probatoria y la falta de datos empíricos son circunstancias que merman la racionalidad de la argumentación en la aplicación del principio de proporcionalidad, ello no significa que la implementación de dicha herramienta sea un ejercicio carente de fundamento o sentido. De aplicarse correctamente, a pesar de las dificultades en mención, el principio de proporcionalidad nos puede brindar criterios razonables para determinar con cierta precisión si una intervención legislativa en materia penal goza de legitimidad material

Desafortunadamente, para el presente caso, no disponemos de ningún medio o estudio probatorio que nos permita llegar a alguna conclusión definitiva en materia de idoneidad. En la motivación que acompañó el proceso de expedición de las normas analizadas el legislador no tuvo en cuenta datos fácticos que permitan indicar de manera confiable que la sanción penal es eficaz para prevenir la comisión de las conductas tipificadas por los delitos. Tales datos tampoco fue posible encontrarlos en la literatura científica; ni fue posible hallar estudios sobre experiencias legislativas (ya sea nacionales o internacionales) que versen sobre regulaciones penales en el ámbito de la financiación ilegal de campañas políticas y que nos puedan arrojar alguna pista al respecto; o estudios que versen sobre la experiencia hasta el momento tenida con los delitos analizados (entre otras circunstancias, los delitos estudiados hace muy poco que están vigentes, y ello imposibilita la obtención de datos satisfactorios). Teniendo en cuenta los datos revisados en la introducción del texto, lo único que podríamos decir en este punto es que, aparentemente, en las primeras elecciones legislativas celebradas en Colombia estando vigentes los delitos objeto de análisis (que fueron las de 2018), las normas que limitan la financiación de las campañas políticas fueron, como se acostumbra a hacer, incumplidas. Ello, podría constituir un indicio en contra de la eficacia de los delitos estudiados. Sin embargo, esta afirmación no descansa en premisas suficientemente fuertes como para descartar la idoneidad de los delitos.

Dado lo anterior, debemos evaluar la eficacia de las sanciones penales a partir de otros criterios que suelen tener una relación de dependencia con la misma. Nos preguntaremos por la verdadera capacidad de respuesta del derecho penal en el contexto específico y por el contexto en el que tuvo lugar la aprobación de la norma enjuiciada.

Lo primero se refiere a la capacidad de la sanción penal para ser aplicada coactivamente en casos de incumplimiento. Como bien afirma Prieto del Pino, en materia de idoneidad debe tenerse en cuenta la verdadera capacidad de respuesta del sector del ordenamiento jurídico del cual proviene la medida analizada, pues los recursos humanos y materiales que el Estado tiene a disposición a menudo son limitados, sobre todo cuando hablamos del derecho penal. Por esto, una tipificación idónea es aquella que resulta acorde y adecuada con las capacidades reales del poder punitivo<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Cfr. Prieto del Pino, A. M (2016): ob.cit., Págs. 299-300.

Para el caso que nos compete es preciso afirmar que, evidentemente, la justicia penal colombiana adolece de eficacia. Los enormes niveles de impunidad, junto con la desconfianza de la población hacia las instituciones estatales, revelan la impotencia de estas últimas para hacerle frente a los altos índices de criminalidad que pueden constatar en el país. Así, la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana (ECSC) realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) reveló que en el 2018, solo el 28,7% de las personas encuestadas que sufrió alguno de los delitos que se tuvo como referencia<sup>178</sup> denunció el hecho. Esto quiere decir que durante el 2018 los índices de criminalidad oculta en el país ascendieron a un 71,3%<sup>179</sup>. De igual forma, a pesar de lo difícil que es determinar la magnitud exacta de la impunidad en Colombia<sup>180</sup>, las cifras disponibles no son nada alentadoras. Es sabido que la mayoría de hechos delictivos ni siquiera logran superar la fase de indagación preliminar; y más grave aún, delitos de especial relevancia como el homicidio escasamente llegan a ser procesados por el sistema. Por ejemplo, a mediados del 2015 las estadísticas revelaron que solo el 20% de los casos de homicidios que lograron ser conocidos por las autoridades consiguieron ser judicializados<sup>181</sup>. Finalmente, el Índice Global de Impunidad (IGI) catalogó a Colombia en el 2017 como el octavo país con más impunidad en el mundo, mientras que en el 2015 lo posicionó en el tercer lugar<sup>182</sup>. De esto debe concluirse que las instituciones policiales son inoperantes a la hora de brindar seguridad y que la justicia penal colombiana presenta graves problemas en cuanto a su

---

<sup>178</sup> Estos delitos son: hurto a residencia y hurto de ganado o semovientes (a nivel de hogares), hurto a personas, hurto a vehículo (entre aquellas personas que reportaron tener un vehículo), involucramiento en riñas y peleas que implicaron violencia física, y extorsión o intento de extorsión. Es cierto lo advertido por Prieto del Pino al señalar la importancia de distinguir entre la idoneidad abstracta de un determinado sector del ordenamiento jurídico y la idoneidad concreta de una medida particular proveniente de este sector. En cada sector pueden haber medidas diferentes que conllevan una idoneidad diferente. Cfr. Prieto del Pino, A. M (2016): ob.cit., Pág. 299. Ahora bien, aunque es verdad que los tipos penales de financiación ilegal de campañas políticas pertenecen a un ámbito completamente diferente a los delitos que fueron tenidos en cuenta para realizar el estudio citado, las cifras reveladas nos pueden dar un indicio de la ineficacia general del sistema punitivo colombiano, la cual, se extiende a todos los sectores del derecho penal. Sobre los delitos de financiación ilegal de campañas políticas no hay datos que nos permitan realizar cualquier tipo de conclusión, debido en parte a lo reciente de su expedición.

<sup>179</sup> DANE (2019): Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana 2018. Bogotá, DANE, Pág. 18. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc>

<sup>180</sup> Restrepo, E. M. y Martínez Cuéllar, M (2004): Impunidad penal: mitos y realidades. Documento CEDE 2004-4. Bogotá: Universidad de los Andes. Recuperado de: <http://economia.uniandes.edu.co>; Uprimny, R (2004): “La justicia colombiana en la encrucijada”. Revista Foro, n°50, Pág. 2. Recuperado de: <http://www.djs.org.co>.

<sup>181</sup> Véase El Tiempo (2015): “Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes”. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>.

<sup>182</sup> Cfr. Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla (2017): Índice Global de Impunidad 2017 (IGI-2017). Dimensiones de la impunidad global. Puebla (México): UDLAP. Recuperado de: <http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017.pdf>; Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla (2015): Índice Global de Impunidad (IGI-2015). Puebla (México): UDLAP. Recuperado de: [http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015\\_ESP.pdf](http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015_ESP.pdf)). Según estos informes, para el 2017 Colombia poseía 66.57 puntos (siendo 100 el máximo valor de impunidad posible) en relación con 69 países que han reportado sus estadísticas en materia de seguridad, derechos humanos y justicia a la ONUDD. Para el 2015, Colombia presentaba un total de 75.6 puntos en relación con 59 países.

capacidad investigativa. Nos encontramos, en definitiva, ante un sistema de justicia penal colapsado que no aguanta la constante expansión punitiva a la que ha estado sometido por parte del legislador durante las últimas décadas.

Lo anterior se traduce en que las probabilidades de que en efecto sea sancionada la comisión de los delitos existentes en el Código Penal colombiano se ven reducidas, lo cual, a su vez, incide negativamente en la capacidad de recepción de los ciudadanos colombianos respecto al mensaje que quiere llevar el legislador por medio de la creación de nuevos tipos penales. Los datos citados en el párrafo anterior nos muestran que el sistema de justicia penal del país no es precisamente uno del que la ciudadanía espere resultados positivos. Así, el efecto disuasorio de las sanciones penales se ve altamente mermado. Por lo tanto, es preciso afirmar que en un contexto como el colombiano la idoneidad del derecho penal para alcanzar los fines que se propone es significativamente baja.

El segundo punto en mención tiene que ver con el contexto en el que tuvo lugar la aprobación de las normas analizadas. Debemos preguntarnos si estas fueron la respuesta del legislador a un asunto que generó especial conmoción; o si fueron producto de una gran controversia social; o si estuvieron precedidas por campañas mediáticas en las que se pedía una mayor intervención punitiva; o si las mismas se aprobaron en alguna coyuntura electoral u otras. Las respuestas a estos interrogantes nos pueden dar un indicio acerca de si los delitos estudiados constituyen un intento por parte del legislador de generar, exclusivamente, efectos simbólicos. De ser así, la idoneidad de las sanciones penales debe ponerse en duda.

En Colombia, el legislador, buscando la aprobación de una ciudadanía poco identificada con el sistema político, se ha dedicado, en buena medida, a presentar proyectos y a aprobar leyes penales con contenidos socialmente sensibles que considera rentables en términos electorales y políticos<sup>183</sup>. Dentro de este fenómeno es perfectamente viable ubicar a la Ley 1864 de 2017, mediante la cual, entre otros, el legislador introduce al ordenamiento jurídico colombiano los delitos de financiación ilegal de campañas políticas. Esta, versa sobre un tema que en los últimos años ha despertado cierta conmoción en el país: la corrupción en el ámbito electoral<sup>184</sup> y en general el fenómeno de la corrupción. Así, a partir de los diferentes

---

<sup>183</sup> Sobre el tema, véase a Sotomayor Acosta, J. O (2007) “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”. Revista NFP, vol. 3, n° 71, Págs. 13-66; Uribe Barrera, J. P (2012): “¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?”. Revista NFP, vol. 7, n°78, Págs. 70-106.

<sup>184</sup> Según Muñoz Conde, en España ha ocurrido un fenómeno parecido al que se acaba de describir. Refiriéndose al delito de financiación ilegal de partidos políticos vigente en España, comenta este autor que “Desde el punto de vista político-criminal la creación de este delito es la respuesta, bastante parca y poco precisa por lo demás, que se ha querido dar al fenómeno bastante extendido de la «corrupción» en los partidos políticos. Esta corrupción que hasta la fecha se había entendido como un fenómeno individual que sólo afectaba a un número más o menos elevado de funcionarios y autoridades, que obviamente deberían responder, al menos en teoría, de los delitos que cometieran con sus actos de corrupción, se ha manifestado en estos últimos años con toda su crudeza a través de varios casos que han acaparado la atención mediática, como un fenómeno casi sistémico que se ha introducido en el corazón de los partidos políticos corroyendo sus estructuras y corrompiendo a dirigentes e importantes cargos de los partidos políticos más relevantes. Partidos que por el hecho de ser relevantes son los que han tenido más poder para adoptar decisiones que favorecen a los grupos de presión

escándalos en materia de corrupción que han salido a la luz pública, ha habido un especial interés en materia legislativa sobre los diferentes temas relacionados con la misma<sup>185</sup>. La expedición de la Ley 1864 de 2017, que coincidentemente se hace un año antes de las elecciones presidenciales y parlamentarias que se celebraron en el 2018, busca sancionar de manera más vehemente ciertas conductas indebidas o corruptas que se efectúan en los procesos electorales. Tales circunstancias nos dan un indicio de que, probablemente, los delitos de financiación de campañas políticas buscan, en buena medida, meros efectos simbólicos. Dicha afirmación se ve fortalecida por el hecho de que en la motivación de la Ley el legislador no muestra preocupación alguna por la idoneidad de las normas analizadas<sup>186</sup>.

Sin embargo, a pesar de los argumentos abordados en los puntos anteriores, no nos atreveremos a descartar la idoneidad de las sanciones penales contempladas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano. Esto porque, siguiendo los lineamientos de Lopera Mesa, para poder declarar la inconstitucional de una norma penal por inidónea, debe verificarse, en primer lugar, que en el proceso de expedición de la misma el legislador no tuvo en cuenta estudios de factibilidad que permitan respaldar, con base en premisas empíricas fundamentadas en conocimiento técnico y científico, que la norma penal puede contribuir a la protección del bien jurídico que pretende tutelar. En segundo lugar, debe comprobarse, también a partir de estudios y medios cualificados, que la

---

económica, que como contraprestación financian las actividades de estos partidos, sus campañas electorales, sus sedes, su infraestructura burocrática, etc.”. Muñoz Conde, F (2017): ob.cit., Pág. 485.

<sup>185</sup> Esto puede constatarse por la cantidad de iniciativas con contenido penal que para el período en que se expidió la ley en mención se gestaron en el congreso y que buscaron, en líneas generales, combatir el fenómeno de la corrupción. Entre estas iniciativas, cabría mencionar: Senado de la República (2017): Proyecto de ley 16 de 2017. “Por medio de la cual se fortalecen los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública.” en Gaceta 601 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>; Senado de la República (2017): Proyecto de ley 47 de 2017. “Por medio del cual se adiciona el artículo 397A y se modifican los artículos 399A, 400A y 415 de la ley 599 de 2000 y los artículos 202 y 205 de la ley 906 de 2004” en Gaceta 630 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>; Cámara de Representantes (2017): Proyecto de ley 108 de 2017. “Por medio de la cual se dictan disposiciones para promover y facilitar la denuncia de conductas de corrupción, y se adoptan medidas de protección y reparación para los denunciantes” en Gaceta 721 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>; Cámara de Representantes (2017): Proyecto de ley 109 de 2017. “Por medio de la cual se dictan normas en materia de probidad y prevención de la corrupción” en Gaceta 721 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>.

<sup>186</sup> Refiriéndose al delito de financiación ilegal de partidos políticos en España, Javato Martín llega a una conclusión similar. Según este autor: “Que el legislador se haya decantado por introducirlo de manera inopinada en el Código Penal, a modo de “cuerpo extraño”, responde, a nuestro entender, al objetivo de intentar lanzar un mensaje contundente y tranquilizador a la ciudadanía de que se combate la financiación ilegal, en un momento de alarma social fruto de los importantes procesos judiciales contra la corrupción política y de su intenso despliegue mediático. Lógicamente este mensaje se torna mucho más efectivo si el delito en cuestión aparece plasmado en el Código Penal que si lo hace, diluido, en el marco de la reforma de la legislación sobre la financiación de los partidos políticos. Este dato (de política legislativa) unido a la inconcreción y deficiencias de las figuras delictivas, a la que aludiremos en páginas sucesivas, nos conduce a afirmar que nos hallamos ante una legislación “simbólica”, de “emergencia” en la que se renuncia a la eficacia y coherencia normativa en aras a calmar a la opinión pública y restablecer la credibilidad política”. Javato Martín, A. M (2017): ob.cit., Págs. 24-26.

norma penal, no solo no tiene la capacidad para alcanzar el fin que la justifica, sino que se muestra contraproducente para ello<sup>187</sup>. Como puede verse, lo primero pudo constatarse. Lo segundo no.

Por esto, teniendo en cuenta que no disponemos de datos conclusivos y que al legislador le asiste legitimidad democrática en materia político criminal, debemos abstenernos de negar la idoneidad de las sanciones contenidas en los delitos estudiados. De todas formas, al igual que se dijo en el análisis relativo a la idoneidad de las prohibiciones contenidas en los delitos de “omisión de información del aportante” y “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, el hecho de que la idoneidad de las sanciones penales no haya sido comprobada a través de premisas empíricas confiables es un factor que habrá de ser tenido en cuenta en los siguientes juicios que conforman el principio de proporcionalidad. Así, el que la justicia penal colombiana sea ineficaz en el cumplimiento de sus funciones y que, a la luz de las circunstancias, los delitos enjuiciados probablemente buscan, en buena medida, meros efectos simbólicos, constituirán razones para desconfiar de la conveniencia de las sanciones penales enjuiciadas y pensar que la idoneidad de las mismas es más improbable que probable.

### **5.5. La necesidad de las prohibiciones y penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano**

A continuación, en virtud del principio de subsidiariedad externa, precisaremos si entre otra alternativa más benigna que el *ius puniendi* (de naturaleza no penal) y el fin propuesto, podría predicarse una relación de causalidad positiva. Luego, si llegásemos a la conclusión de que solo el derecho penal tiene la capacidad de alcanzar los fines perseguidos, indagaremos, por un lado, dando aplicación al principio de subsidiariedad interna, si los mismos fines pueden ser alcanzados a través de sanciones penales más benignas que las contempladas por la medida penal en cuestión, y por otro, en virtud del juicio de necesidad de las prohibiciones, si otras modalidades de prohibición más benignas que las contempladas por la norma estudiada son idóneas para alcanzar tales fines. Para el desarrollo de las pautas acabadas de describir, tendremos en cuenta que los medios alternativos, al ser más benignos que las medidas penales estudiadas, reportan réditos en términos de protección de derechos fundamentales, por lo cual, su menor idoneidad en cuanto al fin perseguido se puede ver compensada por su mayor benignidad en cuanto a los derechos fundamentales. Así, el presente juicio requerirá que nos demos a la tarea de efectuar pronósticos acerca de la eficacia disuasoria y la menor lesividad de los diferentes medios que se tienen a disposición para alcanzar los fines perseguidos.

---

<sup>187</sup> Aunque, según esto, es sumamente difícil declarar la inconstitucionalidad de una norma penal por su falta de idoneidad, ello se debe a que es preciso respetar la legitimidad democrática que le asiste al legislador. Dado que se trata de terrenos en los que es difícil hablar con certezas, resulta adecuado, por lo tanto, respetar la libertad de configuración que en el ámbito penal tiene el legislador. Lopera Mesa G. P (2006): ob.cit., Pág. 432.

Dicho esto, comenzaremos el análisis relativo al juicio de necesidad de las penas preguntándonos a cuál medio alternativo idóneo y menos lesivo hubiese podido acudir el legislador colombiano para tutelar los fines perseguidos por las normas penales analizadas. Ya que los delitos analizados constituyen tipos penales en blanco que remiten a normas administrativas y regulan asuntos de derecho público, para el caso que nos concierne, el medio alternativo al que hubiese podido acudir el legislador es el derecho administrativo sancionador. A pesar de que, como veremos en las siguientes páginas, actualmente en el ámbito de la financiación política el derecho administrativo sancionador es prácticamente inoperante, hay buenas razones para pensar que ello se debe a los vacíos y falencias técnicas que lo caracterizan, lo cual, de corregirse, podría hacer de este medio uno eficaz. Y dado que el mismo es menos lesivo que el derecho penal, y que este último es a su vez un medio ineficaz en el contexto colombiano, creemos que para el caso que nos ocupa, el legislador, a través de la reforma del derecho administrativo sancionatorio que regula esta materia, tenía la posibilidad de perseguir con más eficacia y de manera menos gravosa los bienes jurídicos tutelados.

En efecto, la regulación administrativa en el ámbito de la financiación política es bastante defectuosa, lo cual, se hace especialmente evidente en su sistema de control y responsabilidad. Son varias las razones que nos llevan a realizar esta afirmación:

En primer lugar, es preciso mencionar la inoperancia que caracteriza al Consejo Nacional Electoral. Es evidente una marcada deficiencia por parte de este órgano en la realización de sus funciones. Aunque, de acuerdo al artículo 265 de la Constitución Política, el mismo está encargado, entre otras, de velar por el cumplimiento de las normas que componen el sistema de financiación político colombiano, su composición y funcionamiento lo hacen harto ineficaz en la realización de tal tarea.

Por un lado, a pesar de que no son pocas y sencillas las competencias que tanto la Constitución como la Ley le encomiendan, se trata de una entidad con pocos recursos técnicos, humanos y financieros<sup>188</sup>. Esto se debe, en parte, a la falta de autonomía presupuestal con la que cuenta<sup>189</sup>. Por otro, la composición del órgano electoral es bastante

---

<sup>188</sup> De acuerdo a Espinosa, J. R. (2015): Apuntes para una reforma a la financiación electoral en Colombia. Bogotá: PNUD, NIMD, OEA., Pág. 34; “En cuanto al CNE, hay principalmente dos problemas. El primero es la falta de capacidad, tanto administrativa como legal. Administrativa, porque el CNE no tiene la formación técnica, el dinero, la planta y la tecnología para verificar que, en efecto, sean verídicos los ingresos y gastos registrados en los informes de miles de candidatos a cargos de elección popular. Esto hace que el CNE dependa excesivamente de las auditorías que los partidos mismos contratan durante las campañas, a las cuales tampoco pueden hacerles seguimiento porque no tienen los recursos necesarios. Además, hay un problema de capacidad legal, pues el CNE no tiene potestades amplias para examinar los movimientos financieros de los aportantes y de las campañas. Esta incapacidad legal es aún más evidente si se tiene en cuenta que, según la tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas, realizada por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, alrededor de la mitad de los empresarios tienen como regla hacer contribuciones políticas, pero solo un 6% lleva un registro contable exacto sobre ellas, y apenas un 4% brinda información a quien la solicite (Ungar, 2013)”.

<sup>189</sup> Según Transparencia por Colombia (2014): ob.cit., Pág. 51; aunque en el 2009, a través del acto legislativo 01, se estableció en el artículo 265 de la Constitución Política que el CNE goza de autonomía presupuestal y

cuestionable. Uno de los problemas más serios que posee el CNE es el mecanismo de elección de sus miembros. Originalmente, según el artículo 264 de la Constitución Política, era el Consejo de Estado quien elegía a los integrantes del CNE a partir de ternas presentadas por el Congreso. Hoy en día, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2003, que reformó el artículo 264 en comento, a partir de listas presentadas por los partidos, es el Congreso en pleno quien elige a los miembros del Consejo bajo el sistema de cifra repartidora. Este mecanismo es sin ninguna duda perjudicial para la independencia de los magistrados que conforman al CNE, pues no son pocas las situaciones en las que se presentan conflictos de intereses entre los magistrados y los partidos<sup>190</sup>, desincentivándose así el ejercicio de la investigación, vigilancia, control y aplicación de sanciones. Véase entonces que estamos frente a un órgano electoral altamente politizado cuyas funciones sancionatorias quedan al margen<sup>191</sup>. Ello hace que las capacidades del CNE para imponer sanciones sean muy bajas, debilitándose el efecto disuasivo de las sanciones legales disponibles en nuestro ordenamiento jurídico. Todo esto nos lleva a concluir que mientras no se haga una reforma

---

administrativa, debido a la falta de desarrollo legal que ha tenido tal disposición, no se le ha permitido tener un rubro propio dentro del Presupuesto General de la Nación. En la actualidad sucede que el presupuesto para su funcionamiento se debe apropiar a nombre de la Registraduría Nacional para el Estado Civil y de su fondo rotatorio.

<sup>190</sup> Londoño Osorio, J. F (2018), ob.cit., Pág. 146; comenta que el CNE está diseñado para que los partidos políticos mayoritarios controlen la autoridad. Para ilustrar la situación, el autor explica cómo fue la conformación del CNE para el 2014: “Como reza la regla, el Congreso en pleno escogió los magistrados que iban a conformar el organismo para el periodo de 2014 a 2018. Según información del CNE, Con 175 votos a favor de la plancha de la Unidad Nacional (Partido de la U, Partido Liberal y Partido Cambio Radical) se eligieron a seis magistrados y con 76 a favor de la plancha postulada por el Centro Democrático y Partido Conservador, se eligieron a tres magistrados, mientras que partidos como la Alianza Verde, el Polo Democrático y el Mira, que podrían catalogarse como partidos independientes al gobierno – con ciertos matices- en conjunto, solamente lograron un magistrado. En concreto, para 2014, los nuevos integrantes del Órgano Electoral fueron: dos magistrados que representan al Partido de la U (Alexander Vega y Bernardo Franco), dos del Partido Liberal (Emiliano Rivera y Héctor Helí Rojas), dos del Conservador (Ángela Hernández Sandoval y Carlos Camargo Asís), uno de Cambio Radical (Yolima Carrillo), uno del Centro Democrático (Felipe García) y uno de los Verdes y de otros partidos declarados en oposición el gobierno Santos (Armando Novoa)”.

<sup>191</sup> En síntesis, estamos de acuerdo con Puyana, R (2012): ob.cit., Pág. 32; al afirmar que, a pesar de las nuevas competencias y obligaciones que Ley 1475 de 2011 le da al CNE, no pareciera que su composición y funcionamiento coincidan con las facultades que este tiene en su cabeza. Puntos como su poca autonomía presupuestal, su relación con los partidos políticos, sus funciones y su composición, entre otros, todavía generan serias dudas acerca de la capacidad que esta entidad tiene para cumplir adecuadamente con sus responsabilidades. De esta manera, según el autor, “Muchos vacíos y pocos controles han hecho que el uso indebido de los recursos, la violación de los topes y el financiamiento ilegal -entre otras prácticas- sean protagonistas de los procesos electorales, sin que se vean resultados en cuanto a la judicialización de los responsables”. Cfr. Puyana, R (2012): ob.cit., Pág. 35. También estamos de acuerdo con Transparencia por Colombia (2018): “¿Qué debe tener en cuenta la reforma política sobre financiación?”. Recuperado de: <http://transparenciacolombia.org.co/2019/02/15/que-debe-tener-en-cuenta-la-reforma-politica-sobre-financiacion/>; al concluir que para que el CNE cumpla las funciones electorales a su cargo, también es necesario que otras entidades brinden apoyo, “como la DIAN en la revisión de las declaraciones de renta, la UIAF en la investigación sobre recursos ilícitos y lavado de activos y la Fiscalía en los procesos de investigación y sanciones penales por delitos en la financiación, deben trabajar de manera conjunta para mejorar el proceso de revisión y control de la financiación de las campañas”.

de fondo al órgano electoral<sup>192</sup>, persistirán las debilidades de nuestro sistema político<sup>193</sup>. Por lo tanto, no extraña que las sanciones administrativas en materia de financiación política, a pesar de que constantemente se están subvirtiendo las reglas en este ámbito, escasamente sean aplicadas<sup>194</sup>.

La situación anterior es acertadamente explicada por Londoño Osorio. Según este autor, en el ámbito de la financiación política en Colombia, “hay una gran profusión normativa con poca capacidad de cumplimiento. Las razones para ello son múltiples, pero sin duda el hecho de que no haya mecanismos sancionatorios reales contribuye enormemente a que los actores políticos tengan más incentivos para incumplir la norma que para cumplirla. El diseño institucional de Colombia ha alimentado esta situación en la medida que el órgano que debería cumplir las labores de vigilancia sobre el cumplimiento de la normatividad ha estado siempre controlado por los propios partidos objeto de vigilancia. Mientras esta situación persista será muy difícil, por no decir imposible que la situación cambie”<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Sobre las dificultades que se han tenido para realizar las reformas necesarias a la composición y funcionamiento del CNE, puede verse la siguiente nota periodística: El Espectador (2018): “La imposible reforma al Consejo Nacional Electoral”. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/la-imposible-reforma-al-consejo-nacional-electoral-articulo-809294>.

<sup>193</sup> Para tratar de aminorar los déficits que en materia de vigilancia y control electoral se presentan, y buscando agilizar el proceso de reacción ante las denuncias de irregularidades, se crearon, a finales del 2013, la Comisión Nacional para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales y la Unidad de Recepción Inmediata para la Transparencia Electoral (URIEL). Sin embargo, este escenario institucional, que está encargado de la recepción y seguimiento al trámite de las denuncias y quejas por delitos e irregularidades que afecten el normal desarrollo de las elecciones, no ha demostrado ser muy eficaz que digamos. Según Transparencia por Colombia (2014): ob.cit., Pág. 50; dado que el mismo está integrado por varios organismos (varios ministerios, la fuerza pública, los organismos de control, el CNE, el director de la UIAF y el superintendente financiero) se ha evidenciado una falta de coordinación entre estos, lo cual ha afectado la celeridad en los procesos de investigación de las denuncias.

<sup>194</sup> Además, dentro de los defectos que caracterizan a la normatividad administrativa colombiana en materia de financiación política debe mencionarse la inestabilidad jurídica. Cuando uno se acerca a la regulación relativa al sistema en mención lo primero que encuentra es que se trata de una normatividad dispersa y desarticulada. La cantidad de reformas que sobre el tema se han realizado permite que estemos frente a una materia bastante desordenada a la que hacerle seguimiento no es para nada fácil. Son muchas las normas que deben revisarse para comprender todas las reglas que rigen en materia de financiación política. Cada una de ellas regula aspectos diferentes e incluso algunas actualizan disposiciones de otras, no siendo sencillo determinar cuál y como es el aspecto actualizado. Aunque en páginas anteriores se revisó a grandes rasgos las modificaciones más significativas efectuadas al sistema en mención, debe decirse que en su totalidad no son pocos los puntos que, sobre el tema, las mismas modifican y regulan. Todas estas normas que versan sobre la financiación política (una Constitución cuyas disposiciones al respecto han sido reformadas en tres ocasiones -actos legislativos 01 de 2003, 02 de 2004 y 01 de 2009-, tres leyes estatutarias -Leyes 130 de 1994, 996 de 2005 y 1475 de 2011-, varios delitos -Artículos 396A, 396B y 396C del código penal colombiano, y numerosas resoluciones administrativas, que en virtud de su potestad para reglamentar el tema de la financiación política, han sido expedidas por el CNE) regulan una cantidad considerable de aspectos cuya revisión constituye una tarea compleja. En síntesis, estamos frente a un marco jurídico improvisado e inestable. Algunos de los efectos de tal dispersión son la eventual fragilidad del sistema, la confusión que esto puede generar entre los encargados de su aplicación, la casuística interpretativa que caracteriza su puesta en práctica y la dificultad que ello genera para que la ciudadanía se apropie del tema y funja como veedora de los procesos democráticos. Véase Restrepo, N (2011): “Balance Regional. Colombia 2011” en Gutierrez, P. & Zovatto, D. (editores): Financiamiento de los partidos en América Latina. México: IFE, IDEA, OEA, ONAM, Pág. 207.

<sup>195</sup> Londoño Osorio, J. F (2018): ob.cit., Págs. 178-179.

En segundo lugar, el sistema de responsabilidad administrativa en materia de financiación política presenta grandes vacíos normativos. Como ya habíamos explicado en el tercer capítulo, las sanciones administrativas no cobijan diversas situaciones que perfectamente se pueden presentar en un proceso electoral, y son precisamente estos vacíos los que intentó solventar el legislador a través de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas.

De hecho, el legislador expresamente reconoce que los tipos penales estudiados cumplirán el papel de llenar algunos de los vacíos presentes en la regulación administrativa sancionatoria<sup>196</sup>. Así, siendo consciente de los defectos del derecho administrativo sancionador, y de los vacíos que lo caracterizan, creemos que, a través de los delitos objeto de estudio, lo que hizo el legislador fue ahorrarse el esfuerzo que significa realizar una reforma en donde se intentara enmendar tales carencias. Téngase en cuenta que el artículo 152 de la Constitución Política ordena al congreso regular aquello relativo a la organización y régimen de las organizaciones políticas a través de leyes estatutarias. Esto hace que la expedición de este tipo de normas sea más estricta. De acuerdo con lo señalado en los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, cuando se trata de una iniciativa de ley estatutaria, la aprobación de un proyecto de ley además de que requeriría el acuerdo político de una mayoría absoluta, su trámite se surtiría en una misma legislatura. Además, el control constitucional de las leyes estatutarias es automático (y no rogado), lo cual hace posible pensar que la entrada en vigor de una de estas leyes se dificulte aún más. De todas formas, no extraña que los partidos políticos que suelen tener las mayorías en el congreso sean los menos interesados en que se efectúe una reforma en la que se intente enmendar los defectos de la regulación administrativa en el ámbito de la financiación política. Tales defectos, más que perjudicarles, les beneficia.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es para nada extraño que el legislador haya acudido a la vía más fácil para intentar solventar los problemas que presenta la regulación administrativa en el ámbito de la financiación política. Y no solo es la vía más fácil por el

---

<sup>196</sup> Así lo confirma el legislador. Según este, refiriéndose al delito propuesto de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, señala que “actualmente existen sanciones administrativas para castigar el financiamiento de las campañas electorales con fuentes prohibidas. Sin embargo, estas solo les son aplicables a los directivos de los partidos y a los partidos mismos. Así, encontramos sanciones tales como la suspensión o privación de la financiación estatal o la suspensión o privación de la personería jurídica del partido o movimiento político, pero ellas en ningún caso tocan a los máximos responsables, como lo son el gerente de la campaña y el candidato mismo”. De igual manera, refiriéndose al delito propuesto de “Violación de los límites de gastos de campañas electorales”, comenta que “si bien existen estas sanciones, estas están dirigidas, en primer lugar, a las campañas electorales y a los partidos y, solo si la falta se considera realmente grave, puede sancionarse eventualmente al candidato. Esta configuración sancionatoria, además de que no parece estar dando resultado, no incentiva adecuadamente el respeto por los límites en los gastos de campaña y sí permite que, por vía de su incumplimiento, se distorsionen gravemente las contiendas democráticas favoreciendo a aquellos candidatos con mayores recursos económicos. Por lo tanto, de manera similar al tipo penal anterior, se hace necesario que exista un reproche penal para aquel encargado de administrar directamente los recursos de las campañas que deliberadamente exceda los límites establecidos. Es por esto que surgió la necesidad de tipificar penalmente esta conducta. Los candidatos y gerentes de las campañas no tienen una responsabilidad directa por desequilibrar las contiendas electorales al permitir el financiamiento de sus campañas con fuentes prohibidas”. Cfr. en Senado de la República (2016): ob.cit., Págs. 12-14.

trámite legislativo que se debe seguir, sino porque, como ya vimos, no son pocas las transformaciones jurídicas que deben realizarse para que el sistema de control y responsabilidad del derecho administrativo pueda ser realmente operante. Además, en Colombia, el recurso penal, dada la falta de información que hay al respecto, es un instrumento que suele ser bien visto por parte de la población, cosa que aprovecha la clase política para abusar del recurso penal con comodidad y obtener réditos electorales a través de la expansión del poder punitivo.

Sin embargo, pudiera pensarse que la inoperancia del derecho administrativo sancionador en el ámbito de la financiación política es más bien un argumento para afirmar la necesidad del recurso penal. Pero si se toma en serio el principio de subsidiariedad y se tiene en cuenta la gran ineficacia de la justicia penal colombiana y lesividad de las sanciones penales, tal argumento se torna insostenible. Es precisamente en este tipo de casos que cobra sentido la aplicación del juicio de necesidad. El principio de subsidiariedad en materia penal obliga al legislador a que antes de acudir al recurso punitivo primero se realizase una reforma política en la que se intente dotar de verdadera eficacia al derecho administrativo. E incluso, si hipotéticamente se realizasen las reformas administrativas necesarias y aun persistiesen los problemas de incumplimiento normativo en el ámbito de la financiación política, la necesidad del recurso penal aun requeriría ser evaluada, pues el mismo, aparte de su ineficacia característica, constituye el recurso más gravoso en términos de derechos fundamentales, criterio que como se explicó, también debe ser tenido en cuenta en el juicio de necesidad.

Aunque el derecho administrativo sancionador también afecta derechos fundamentales, tal afectación es, sin duda alguna, mucho menos lesiva que la producida por el poder punitivo. Actualmente, entre el abanico de sanciones disponibles por el derecho administrativo que pueden imponerse por incumplir las reglas relativas a la financiación de la política en Colombia, se encuentran: multas cuando se trate de candidatos (art. 39 de la Ley 130 de 1994); pérdida del cargo cuando se trate del ganador de las elecciones presidenciales (art. 21 de la Ley 996 de 2005) y amonestación escrita y pública, suspensión o destitución del cargo y expulsión del partido o movimiento cuando se trate de directivos de organizaciones políticas (art. 11 de la Ley 1475 de 2011). Estas sanciones afectan, por ejemplo, el derecho fundamental a la propiedad (para el caso de las multas) o el derecho a ciertas libertades como la libertad de profesión (para el caso de la pérdida del cargo o de la destitución) o incluso la libertad general a hacer u omitir lo que cada uno quiera. Desde luego, como puede verse, tal afectación es mucho menor si se le compara con la efectuada por las penas contempladas por los delitos estudiados.

Además, debe tenerse en cuenta que los sectores jurídicos no penales, no solo son más eficaces en materia de protección de derechos fundamentales, sino que, incluso, pueden llegar a tener más eficacia en materia preventiva. Sucede que la falta de datos empíricos lleva a que erróneamente se presuma, por la gravedad de sus penas, la mayor eficacia del derecho penal en términos disuasorios. Sin embargo, tal presunción descansa sobre un razonamiento falaz.

La eficacia suele tener una relación de dependencia no con la gravedad de las penas, sino con la efectividad con que las sanciones se impongan<sup>197</sup>. Es decir, una sanción más drástica no necesariamente conlleva una mayor idoneidad<sup>198</sup>, y hay buenas razones para pensar que en un contexto como el colombiano, de efectuarse las modificaciones pertinentes, el derecho administrativo sancionador puede adquirir más efectividad que el derecho penal en el ámbito de la financiación política<sup>199</sup>.

En todo caso, no sobra repetir que determinar con exactitud cuál de los medios en comparación es más idóneo para alcanzar los fines perseguidos es una tarea compleja<sup>200</sup>, sobre todo bajo el estado de cosas actual. Por un lado, para medir la eficacia del derecho administrativo sancionador en el ámbito de la financiación ilegal de campañas políticas se precisaría que primero se realizasen las reformas pertinentes, pues es ilógico poner en consideración la eficacia de un medio aun inacabado, incompleto, que adolece de serios vacíos e imperfecciones. Por otro, dado que la vigencia de los delitos analizados es demasiado reciente, actualmente es imposible saber con certeza el grado de eficacia de este recurso<sup>201</sup>.

Pero lo que sí puede decirse es que los delitos objeto de estudio constituyen un derecho penal accesorio al cual acude el legislador para reforzar el derecho administrativo vigente en el ámbito de la financiación de campañas electorales. Accesorio porque se construye como refuerzo de la normatividad administrativa. En estas situaciones, el derecho penal solo puede

---

<sup>197</sup> Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Págs. 479-480.

<sup>198</sup> A esto debe sumársele el hecho de que la pena de prisión suele estar acompañada de un efecto criminógeno, circunstancia que le resta eficacia en términos de prevención general. Ello podría fundamentar, según Lopera Mesa, la inconstitucionalidad por innecesaria de una norma penal que establezca la pena de prisión como sanción cuando es posible haber establecido una pena alternativa a la prisión que resulte ser menos lesiva e igualmente idónea. Ibidem, Pág. 490.

<sup>199</sup> A pesar de lo anterior, es cierto lo comentado por Prieto del Pino. Para la autora, es preciso que a cualquier opción legislativa alternativa al derecho penal se le exija un nivel de eficacia mínimo óptimo para proteger el bien jurídico que se pretende tutelar. De no ser así, puede generarse un efecto desafortunado: se arriesga a poner en un estado de desprotección a la sociedad dándole un carácter demasiado excepcional al recurso penal. Prieto del Pino, A. M (2016): ob.cit., Págs. 304-305.

<sup>200</sup> Comparar el grado de idoneidad tanto de la norma penal como de los medios alternativos requiere determinar con que intensidad se presenta la relación de causalidad positiva entre cada uno de los medios y el fin. Dicha intensidad variará dependiendo de la rapidez, la plenitud, la intensidad o la probabilidad con que el medio contribuya a la realización del fin. De acuerdo a lo anterior, debe verificarse si el medio alternativo despliega sus efectos con la misma rapidez y duración que la norma penal (perspectiva temporal); si logra abarcar todos los aspectos sobre los que la norma penal incide a la satisfacción del fin (perspectiva de la plenitud); si presenta el mismo grado de incidencia positiva para satisfacer alguno de los aspectos que involucra la satisfacción del fin (perspectiva cuantitativa) y si la norma penal enjuiciada contribuye con la misma probabilidad a la satisfacción del fin que el medio alternativo (perspectiva de la probabilidad). Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Pág. 437.

<sup>201</sup> Cualquier afirmación que se haga acerca de la eficacia preventiva tanto del derecho penal como del derecho administrativo es cuestionable. Y ya que la expedición de los delitos estudiados es reciente (desde la vigencia de los delitos de financiación de campañas políticas solo hubo, en Colombia, elecciones en el año 2018) y que las cifras sobre el tema son inexistentes, se hace difícil verificar el impacto de las normas penales; por ejemplo, no se puede verificar si hay una reducción en el número de infracciones cometidas desde la vigencia de las figuras objeto de análisis.

intervenir sobre la base de los controles administrativos, y si tales controles, como ocurre en el caso que nos ocupa, no funcionan, estamos entonces ante un derecho penal simbólico, destinado a ser ineficaz. De esta manera, la ineficacia del derecho administrativo se traslada al derecho penal: el *ius puniendi* se hace gregario de los controles administrativos y ha de sufrir las mismas carencias sufridos por estos<sup>202</sup>.

De cualquier forma, por las razones ya expuestas, si no se quiere anular la capacidad limitadora del juicio de necesidad, es conveniente exigir menos eficacia, en materia preventiva, a los sectores jurídicos no penales.

Así, por los argumentos explicados, afirmaremos que los delitos de financiación ilegal de campañas políticas contenidos en los artículos 396A, 396B y 396C del código penal colombiano no superan el juicio de necesidad. Como explicamos, si quiere respetarse el principio de subsidiariedad, el legislador debió previamente solucionar los problemas presentes en materia de financiación ilegal de campañas políticas a través de las transformaciones normativas correspondientes al derecho administrativo y las instituciones que lo conforman<sup>203</sup>. Negar la necesidad de las medidas penales en casos como el presente es conveniente si se quiere evitar que el control constitucional de las leyes penales sea incapaz de frenar la sobrecriminalización y huida hacia el derecho penal presentes en nuestro sistema jurídico. El recurso penal solo podrá ser necesario si previamente el legislador ha realizado las modificaciones indispensables que lleven a comprobar el fracaso y menor eficacia del medio alternativo<sup>204</sup>. Además, obligar al legislador a que realice tales modificaciones es lo

---

<sup>202</sup> Como bien afirma Prieto del Pino, “la intervención punitiva o su utilización más enérgica en sectores en los que existen problemas estructurales que esta no puede solucionar sino solo agravar, da lugar a un profundo <<déficit de realización>> que se traduce, además de un empeoramiento de la situación, en una pérdida de prestigio generalizada del derecho penal”. Cfr. Prieto del Pino, A. M (2016): ob.cit., Págs. 299-300.

<sup>203</sup> De acuerdo a Lopera Mesa, G. P (2006): ob.cit., Pág. 488; para este tipo de casos, “cuando se constata la existencia de un medio alternativo igualmente idóneo y menos lesivo, no le es dado al órgano constitucional hacer las veces de legislador e imponer, por ejemplo, sentencias manipulativas. Simplemente se debe limitar a hacer las veces de legislador negativo, limitándose a declarar inconstitucionales las intervenciones penales frente a las que pueda argumentarse su falta de necesidad”.

<sup>204</sup> De todas maneras, debe tenerse en cuenta que, aunque contar con las normas adecuadas en algo puede ser ventajoso, se precisan transformaciones profundas para acabar con la cultura de ilegalidad que en el ámbito de la financiación política nos caracteriza. Más que la ineficacia de la legislación, los problemas de la financiación política colombiana son estructurales y están fuertemente relacionados con la cultura de la población. Por ello, la reforma del marco legal no es la única ni la tarea más importante. Se debe también crear incentivos para el cumplimiento y mejoramiento de la aplicación de la ley. Por ejemplo, es necesario que se diseñen mecanismos que ayuden a aumentar el nivel de participación y control ciudadano, de manera que los políticos tengan escasos incentivos para incumplir las normas. Por otro lado, teniendo en cuenta que el país se encuentra atravesando un importante proceso de posconflicto, resulta especialmente significativo que el Estado empiece a desplegar sus instituciones en los diferentes territorios del país, y empiece a tener conocimiento de las dinámicas que gobiernan en cada uno de estos, pues de esta manera podrá adaptar los procedimientos de control y gestión que regulan el financiamiento de la actividad política. Tal y como explica Espinosa, J. R (2015): ob.cit., Págs. 9-10; los desafíos en materia de transparencia, inequidad y control en materia de financiación política dependen de las lógicas territoriales que gobiernen en cada localidad y región. Este enfoque contextual, en época de posconflicto, es aún más necesario. En este orden de ideas, a pesar de que la complejidad de la realidad colombiana hace que los problemas del financiamiento político del país de ningún modo se reduzcan al marco jurídico, sigue siendo cierto que cuando la financiación política se ejecuta dentro de una normatividad con

más conveniente para la democracia colombiana, que necesita de manera urgente ser protegida a través de mecanismos que realmente resulten operativos.

Ahora bien, dado que las figuras enjuiciadas contemplan, además de la pena de prisión, otras penas (multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas), una vía posible, dando aplicación al principio de subsidiariedad interna (criterio que hace parte del juicio de necesidad de las penas), sería la de afirmar la inconstitucionalidad solo de la pena de prisión, dejando vigentes las demás sanciones. Esta vía, al anular la pena de prisión, reduciría significativamente el impacto que tienen las sanciones en los derechos fundamentales, y al dejar con efectos los delitos, tendría la “ventaja” de que el objetivo buscado por el legislador, de llenar los vacíos existentes en la normativa administrativa, se seguiría alcanzando.

Sin embargo, más bien optaremos por concluir que es necesario declarar la inconstitucionalidad de los tipos penales en su totalidad. Recurrir a la propuesta acabada de mencionar significaría aprobar la mediocre labor que realizó el legislador al acudir al derecho penal para intentar solventar los defectos de la regulación administrativa. Ciertamente, esta no es la función que debe cumplir el *ius puniendi* en el ordenamiento jurídico; el derecho penal no debe ser el comodín del legislador para subsanar los defectos y vacíos de las demás ramas del ordenamiento jurídico. Además, con la vía aludida poco ganaría la democracia colombiana, pues las herramientas que verdaderamente tienen la capacidad de protegerla seguirían sufriendo las carencias descritas. Lo correcto, como ya dijimos, es que el legislador realice las modificaciones pertinentes en materia administrativa, y como último recurso, cumpliendo a cabalidad con el principio de subsidiariedad, acuda al derecho penal. En conclusión, al no superar el juicio de necesidad, resulta injustificable la afectación que los delitos estudiados significan para los derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política colombiana.

Por otra parte, recordemos que en el juicio de necesidad no solo nos preguntamos por los medios alternativos al derecho penal, sino que además debe dársele aplicación al juicio de necesidad de las prohibiciones, el cual, acogiendo uno de los postulados del principio de fragmentariedad, obliga a indagar si otras medidas penales alternativas menos lesivas en términos de derechos fundamentales son también idóneas para alcanzar los fines perseguidos. Sin embargo, dado que se trata de un criterio subsidiario, para el presente caso no es necesario darle desarrollo al mismo<sup>205</sup>; este solo debe aplicarse en los casos en que se concluya que

---

vacíos, inconsistencias y alejada a veces de la realidad, el sistema será más vulnerable a esos riesgos mencionados y los objetivos reales de la financiación se verán más desvanecidos. Siendo conscientes de la fragilidad y deficiencia que caracteriza la democracia colombiana, y lo habitual con que se le corrompe a través de mecanismos de financiación ilegales, vale la pena tomar una postura crítica frente al papel que juega regulación sobre el financiamiento político para evitar o fomentar tal situación.

<sup>205</sup> En el caso hipotético de que se haya concluido que solo el *ius puniendi* tiene la capacidad de tutelar los bienes jurídicos perseguidos, el juicio de necesidad de las prohibiciones nos hubiera obligado a negar la necesidad de las conductas tipificadas en los delitos de “omisión de información del aportante” y de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, y por lo tanto, negar la constitucionalidad de

solo el *ius puniendi* tiene la capacidad de alcanzar los fines perseguidos, cosa que en el presente análisis no ocurrió<sup>206</sup>. Además, la falta de necesidad de los delitos analizados es razón suficiente para declarar su inconveniencia constitucional y no aplicar el último juicio que conforma el principio de proporcionalidad: el juicio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>207</sup>.

---

los delitos. Esto porque el legislador tiene la posibilidad de perseguir los fines que persiguen estos tipos a través de delitos que no sean de peligro abstracto, es decir, a través de modalidades no indirectas que no impliquen un adelantamiento de las barreras de protección penal.

<sup>206</sup> Conviene señalar que la sanción penal de conductas realizadas en el ámbito de la financiación política puede tener como fundamento los delitos objeto de análisis, pero también es posible que algunas de estas puedan ser recogidas por otros tipos penales, específicamente cuando se trata de casos de financiación corrupta de organizaciones y campañas políticas. Este tipo de financiación, a diferencia de la financiación irregular y de la financiación ilegal, ha sido definida como aquella en la que el miembro de la organización o campaña política recibe una donación en nombre de los mismos, comprometiéndose a tomar una decisión, o a influir en que otros la tomen, en el sentido querido por el donante. Según Olaizola Nogales, I (2014): ob.cit., Págs 120-121; “el elemento necesario para la financiación corrupta es el *quid pro quo*, esto es, el intercambio de prestaciones entre el donante y el que recibe la donación”. Así, dada la posibilidad de que los miembros de las organizaciones y campañas políticas puedan ser funcionarios públicos a efectos penales, y que su involucramiento en las situaciones de financiación corrupta podría traducirse en una efectiva transgresión del correcto funcionamiento de la administración pública, es factible que delitos como el cohecho (tanto el propio y el impropio -arts. 405 y 406 del CP, el cohecho por dar y ofrecer -art. 407 del CP-) la prevaricación (arts. 413 y 414 del CP), el interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 del CP) y el tráfico de influencias (arts. 411 y 412 del CP), el lavado de activos (art. 323 del CP) y la falsedad material en documento público (art. 287 del CP), entre otros, se configuren en el ámbito de la financiación política. Sin embargo, debe decirse que tales delitos y la financiación ilegal de campañas políticas constituyen realidades diferentes que no son coincidentes. Tanto las conductas que unos y otros buscan evitar, como los bienes jurídicos protegidos, son distintos, por lo cual, no podría negarse la necesidad de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas en virtud de la existencia de otras figuras delictivas que pueden llegar a configurarse en el ámbito de la financiación de la política.

<sup>207</sup> A pesar de esto, creemos que aplicar los criterios que conforman el juicio de proporcionalidad estricto es un ejercicio bastante provechoso en aras de revisar, desde diversos puntos de vista, que razones hay en contra y a favor de la constitucionalidad de las normas penales estudiadas. Además de su falta de necesidad, son varios los argumentos que apuntan a concluir que los delitos estudiados no justifican la afectación de los derechos fundamentales mencionados en el presente capítulo. Pero también, hay argumentos que apuntan en la dirección contraria. Así, tal ejercicio nos daría un buen ejemplo de lo útil que resulta el uso adecuado de una herramienta como el principio de proporcionalidad en materia penal. A nuestro parecer, es en este juicio que el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, obligando al intérprete a realizar un examen global en el que se debe poner en consideración razones de diferente índole que tendrán que ser comparadas y ponderadas. Por esto, de manera muy breve y suponiendo que hayamos afirmado la necesidad de los delitos estudiados, expondremos las conclusiones a las que se llegó luego de haber aplicado los criterios contenidos en el juicio en mención: Por un lado, a excepción del delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” (que es de lesión), la capacidad de verdaderamente ocasionar un daño en el bien jurídico de las conductas tipificadas por los delitos estudiados es cuestionable. Aunque no se trata de una característica conclusiva en materia de idoneidad, el no tener la capacidad aludida debe tomarse como un indicio negativo de que las prohibiciones objeto de análisis pueden ser útiles para la tutela del fin perseguido. Por otro, es preciso afirmar que los delitos estudiados afectan intensamente los derechos fundamentales. A pesar de que dicha intensidad no pudo ser predicada bajo ciertos puntos de vista (por un lado, las prohibiciones contenidas en los delitos, al ser concretas, no afectan diversas posiciones adscritas al derecho fundamental de libertad general y, por otro, dado el contexto colombiano, es poco probable que las penas sean aplicadas), son más los argumentos que apuntan a realizar la afirmación propuesta: los derechos fundamentales afectados por las penas son diversos; las prohibiciones contenidas en los delitos implican, necesariamente, la afectación de un derecho tan importante como el de libertad general; las penas de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tienen una duración significativa; la pena de multa contenida en los delitos de “financiación de

En conclusión, el haber sometido los delitos estudiados al principio de proporcionalidad nos da posibilidad de darle respuesta a la pregunta que, principalmente, nos impulsó a la realización del presente trabajo: ¿en qué medida es acertada la decisión del legislador de penalizar las conductas descritas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas? O en otras palabras, ¿a través de los delitos estudiados, el legislador colombiano, en aras de proteger la salud de la democracia, acudió a la vía correcta, de la manera correcta? Las ideas expuestas en las páginas anteriores nos obligan a concluir que, en efecto, a través de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas, el legislador colombiano no acudió a la vía correcta para proteger la democracia. La decisión de introducir al código penal las figuras en mención, más que ayudar a la protección de los diferentes aspectos que conforman la democracia, más bien constituyen una vía que posibilita eludir las acciones necesarias para verdaderamente fortalecer el sistema de financiación política colombiano y con ello la democracia.

---

campañas electorales con fuentes prohibidas” y “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” es bastante cuantiosa y, a comparación de, por ejemplo, la legislación española, las penas de los delitos objeto de estudio son severas. Luego, de acuerdo a los criterios relativos al peso abstracto de las opciones en contienda, como argumentos en contra de la constitucionalidad de los delitos estudiados, puede concluirse que los principios referidos a los derechos fundamentales afectados no solo son de primer grado, sino que están vinculados a intereses individuales y tienen una estrecha relación con los principios democrático y de dignidad humana, lo cual, les da un peso mayor respecto de la relevancia desde el punto de vista del conjunto de valores expresados por la Constitución Política colombiana. Por último, en cuanto a la seguridad de las premisas empíricas, en términos disuasorios, por diversas razones, la idoneidad de los tipos objeto de análisis es más improbable que probable. Dado lo anterior, es evidente que la balanza se inclina a favor de los derechos fundamentales afectados y en contra de las medidas penales, por lo cual, bajo el caso hipotético que los tipos analizados hubiesen sido declarados necesarios, los mismos, a partir de los criterios aportados por el juicio de proporcionalidad estricta, deben ser declarados inconstitucionales.

## 6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Para finalizar y a manera de recapitulación, se expondrán las principales ideas y conclusiones a las que se llegó durante el desarrollo del texto.

Al principio del texto, en la introducción, se anunciaron algunos datos a través de los cuales fue posible advertir las preocupantes dimensiones que ha cobrado el fenómeno de la financiación ilegal de la política en Colombia.

Luego, en el capítulo tercero, vimos que la financiación de la política es esencial para el correcto funcionamiento de la democracia: la competencia democrática y la pluralidad política requieren la adecuada utilización de los recursos económicos. A su vez, pudo verse que el desacertado uso del dinero en el ámbito político es capaz de crear distorsiones negativas en el proceso electoral, por lo cual, siempre que la financiación de la política permanezca sin controles, habrá un gran riesgo de que se subvierta el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas.

Las afirmaciones anteriores cobran especial relevancia en un contexto como el colombiano, en el que la financiación de la política ha sido un arma de doble filo: esta no solo ha jugado un papel central en la conformación de la democracia, sino que se ha convertido en una práctica a la que se le ha dado un uso inapropiado. Tales circunstancias han incidido en la creación de una serie de normas que buscan, precisamente, mitigar los riesgos que hay detrás del uso del dinero en la política. Entre estas normas se encuentran los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano, delitos que, por un lado, constituyen tipos en blanco y remiten a normas administrativas relativas a las fuentes prohibidas de financiación de campañas políticas, a los topes de gastos permitidos para las campañas políticas y a la presentación de informes acerca de los aportes que se hacen a las campañas políticas, y por otro, recogen algunos de los supuestos en los que no hay sanción administrativa aplicable.

En el cuarto capítulo, se explicó el concepto de principio de proporcionalidad acogido para darle desarrollo al objetivo del trabajo. Se asumió, en su mayoría, el modelo de la profesora Lopera Mesa. Así, el principio de proporcionalidad lo entendimos como una herramienta de interpretación a través de la cual se logrará determinar si las restricciones que el legislador impone a los derechos fundamentales mediante la expedición de leyes resultan admisibles a la luz de la constitución. Ello se hace por medio de una serie de criterios argumentativos que permiten verificar hasta qué punto una norma satisface los postulados constitucionales, singularmente, aquellos referidos a derechos fundamentales.

De esta manera, luego de explicar ciertas posturas teóricas referidas a la concepción conflictivista de los derechos fundamentales, a la perspectiva de prohibición de exceso, y a la relación entre “legislador y “derechos fundamentales”, se explicaron los juicios que conforman el principio de proporcionalidad: para determinar la legitimidad de los fines perseguidos por las normas penales se asumió un concepto trascendentalista y material del

bien jurídico. Y, además, adicionamos a este juicio la exigencia de la relevancia social del bien jurídico tutelado. Para establecer los derechos fundamentales afectados por las normas penales dijimos debía verificarse si puede establecerse un vínculo semántico entre la posición afectada por la intervención legislativa y el contenido de una disposición de derecho fundamental. Por otra parte, tendremos por idóneas las medidas penales siempre y cuando logremos constatar una relación de causalidad positiva entre estas y el fin que persiguen. Luego, el juicio de necesidad, entre otros, precisa se determine si entre otra alternativa más benigna que el *ius puniendi* (de naturaleza no penal) y el fin propuesto, podría predicarse una relación de causalidad positiva; por último, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, una vez comprobado que las normas penales persiguen un fin legítimo, afectan derechos fundamentales, son idóneas y son necesarias, debe realizarse una ponderación entre las razones a favor y las razones en contra de la constitucionalidad de las normas penales.

En el quinto capítulo del texto, se le dio desarrollo al objetivo principal del presente trabajo, que era el de someter los delitos estudiados a los diferentes juicios y análisis exigidos por el principio de proporcionalidad para así determinar su legitimidad material. Allí, se llegó a diferentes conclusiones:

-Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano persiguen fines legítimos: la pluralidad política, la protección de la democracia frente al poder económico y la protección de la voluntad popular. Estos son aspectos fundamentales de la democracia.

-Las prohibiciones contenidas en los delitos objeto de estudio afectan el derecho a la libertad general de acción reconocido por la Constitución Política colombiana.

-A su vez, las penas contenidas en los delitos analizados afectan, tanto directa como indirectamente, diversos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política colombiana, tales como la libertad de locomoción, la intimidad personal y familiar, la libertad de expresión, el derecho a la reinserción social, la dignidad humana y el debido proceso, entre otros.

-Las prohibiciones contenidas en los delitos estudiados son idóneas para tutelar los fines perseguidos, toda vez que las conductas tipificadas tienen la capacidad de lesionar los bienes jurídicos protegidos. Tal idoneidad pudo predicarse con más seguridad en el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales”, puesto que constituye un tipo penal de lesión. Por su parte, al ser los delitos de “omisión de información del aportante” y de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” tipos de peligro abstracto, su idoneidad es más cuestionable.

-Por su parte, la falta de datos empíricos nos obligó a concluir que las penas contenidas en los delitos objeto de análisis son idóneas para prevenir la realización de las conductas tipificadas por estos. Esto a pesar de haber fuertes argumentos que ponen en duda tal idoneidad.

-En último lugar, se afirmó que los delitos estudiados son innecesarios para tutelar los fines perseguidos, pues el legislador no respetó el principio de subsidiariedad que integra el juicio en mención. Por esto, se concluyó que los delitos de financiación ilegal de campañas políticas, a la luz del principio de proporcionalidad, son inconstitucionales y, por lo tanto, no gozan de legitimidad material.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina e informes:

Alexy, R (1993): Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Bernal Pulido, C (2005): El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C (2007): El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, C (1997): “Financiación de los Partidos y Movimientos Políticos en Colombia”. Derecho del Estado, 3, Págs. 127-146.

Brandariz García, J. A (2014): El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea. Madrid: Dykinson.

Bustos Ramírez, J (1989): Manual de Derecho Penal, Parte General. Barcelona: Editorial Ariel.

Casas, P. y Zovatto, D (2011): “Para Llegar a Tiempo: Apuntes Sobre la Regulación del Financiamiento Político en América Latina” en Gutierrez, P. y Zovatto, D. (editores): Financiamiento de los partidos en América Latina. México: IFE, IDEA, OEA, ONAM, Págs. 17-67.

Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla (2017): Índice Global de Impunidad 2017 (IGI-2017). Dimensiones de la impunidad global. Puebla (México): UDLAP. Recuperado de: <http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017.pdf>.

Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla (2015): Índice Global de Impunidad (IGI-2015). Puebla (México): UDLAP. Recuperado de: [http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015\\_ESP.pdf](http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015_ESP.pdf).

DANE (2019): Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana 2018. Bogotá, DANE. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc>.

Diez Ripollés, J. L (2013): La racionalidad de las leyes penales Madrid: Trotta.

Escobar Vélez, S (2017): “Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social” en Gutiérrez Quevedo, M. Y Olarte Delgado, A. M (editoras): Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Págs. 493-528.

Espinosa, J. R. (2015): Apuntes para una reforma a la financiación electoral en Colombia. Bogotá: PNUD, NIMD, OEA.

- Ferrajoli, L (1995): Derecho y Razón. Madrid: Editorial Trotta
- Ferrajoli, L (2001): "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en A. de Cabo, y Pisarello, G (editores): Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Págs. 287-381.
- Giraldo, F. (2007). "Partidos y sistema de partidos en Colombia" en Roncagliolo, R. y Meléndez, C (directores): La política por dentro. Cambios y continuidades en las organizaciones políticas de los países andinos. Perú: Obra prima SRL. Págs. 123-159.
- GMH (2013): ¡BASTA YA! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Javato Martín, A. M (2017): "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP. Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado". RECPC, vol. 19, n° 26.
- Londoño Osorio, J. F (2013): "Evolución del Financiamiento Político, Un Proceso Incremental de Reformas" en Hernández Becerra, A (editor): Derecho Electoral de Latinoamérica. Memorias del II Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral. Bogotá: Consejo de Estado, Págs. 295-312.
- Londoño Osorio, J. F (2018). Estudio sobre financiamiento político. Bogotá: Registraduría Nacional del Estado Civil, Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales, Centro de Análisis y Asuntos Públicos (CAAP).
- Lopera Mesa, G. P (2005): "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)". Revista NFP, n°67. Medellín: Universidad Eafit, Págs. 11-63
- Lopera Mesa, G. P (2006): Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Malem Seña, J (2002): La Corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Madrid: Gedisa
- Maroto Calatayud, M (2012): Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político-criminal. Castilla La Mancha: Universidad de Castilla-La Mancha
- Martínez Buján, C (2014): Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch
- Muñoz Conde, F (2017): Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch
- Nogales, I. O (2014): La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

Olaizola Nogales I.(2015): “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”. La Ley, n° 8516.

Prieto del Pino, A. M (2016): “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad” en Becerra Muñoz, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M (directores): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, Págs. 273-305.

Prieto Sanchís, L (2011): “Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de Interpretación de algunas divergencias”. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n°34, Págs. 229-244.

Puente Aba, L. M (2017): *El delito de financiación de partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch

Puyana, R (2012): “Las reformas políticas en Colombia, 2003-2011: ¿hacia partidos más responsables?” en Wills Otero L. y Batlle M. (compiladoras): *Política y territorio. Análisis de las elecciones subnacionales en Colombia, 2011*. Bogotá: PNUD, IDEA, NIMD, Págs. 17-62.

Restrepo, E. M. y Martínez Cuéllar, M (2004): *Impunidad penal: mitos y realidades*. Documento CEDE 2004-4. Bogotá: Universidad de los Andes. Recuperado de: <http://economia.uniandes.edu.co>.

Restrepo, N (2011): “Balance Regional. Colombia 2011” en Gutiérrez, P. & Zovatto, D. (editores): *Financiamiento de los partidos en América Latina*. México: IFE, IDEA, OEA, ONAM, Págs. 185-224.

Roll, D y Ballen, L (2010). “Las dificultades del financiamiento de la política en Colombia y sus repercusiones en el sistema de partidos: algunas reflexiones sobre la parapolítica” en Roll, D. (editor): “¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Págs. 53-102

Roll, D y Cruz, E (2010): “Un balance del sistema de financiamiento político en Colombia” en Roll, D. (editor): “¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010, Págs. 21-52.

Roll, D. y Feliciano, O. D (2010): “Introducción” en Roll, D. (editor): “¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Págs. 11-19.

Saavedra, V (2017): “Consideraciones sobre el financiamiento de las campañas políticas”, *Fedesarrollo*, n°. 68, marzo, Págs. 1-10

Sáinz-Cantero Caparrós, J. E (2015) “Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en Morillas Cueva, L. (director): Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015). Madrid: Dykinson, Págs. 658-689

Silva Sánchez, J. M (1992): Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch

Sotomayor Acosta, J. O (2007) “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”. Revista NFP, vol. 3, n° 71, Págs. 13-66

Sotomayor Acosta, J. O. y Tamayo, F (2017): “La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista”. Estudios Socio-Jurídicos, vol. 20, n°1, Págs. 207-236.

Sotomayor Acosta, J. O. y Uribe Hincapié, A. M (2018): “Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado” en Ramírez Barbosa, P. A: Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Bogotá: Temis, Págs.147-188.

Soto Navarro, S (2003): La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada: Editorial Comares.

Transparencia por Colombia (2020): Ciudadanía activa con los ojos puestos en los recursos covid-19. Segundo reporte de seguimiento a la contratación en el marco de la emergencia del COVID-19. Bogotá: Transparencia por Colombia. Págs. 7-8. Recuperado de: <https://transparenciacolombia.org.co/2020/06/12/contratacion-publica-covid/>

Transparencia por Colombia. (2014): Análisis de la financiación de las campañas legislativas en Colombia 2014. Bogotá: Transparencia por Colombia. Recuperado de: [https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014\\_TPC\\_CEDAE.pdf](https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014_TPC_CEDAE.pdf)

Uribe de Hincapié, M. T (1998): “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. Revista del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, n° 13.

Uprimny, R (2004): “La justicia colombiana en la encrucijada”. Revista Foro, n°50. Recuperado de: <http://www.djs.org.co>.

Uribe Barrera, J. P (2012): “¿Puede hablarse en Colombia de populismo punitivo?”. Revista NFP, vol. 7, n°78, Págs. 70-106.

Zovatto, D (2016): “El financiamiento político en América Latina”. Studia Politicae, n° 40, Págs, 7-52.

Proyectos de ley y exposiciones de motivos:

Cámara de Representantes (2015): “Proyecto de Ley número 017 de 2015 Cámara” en Gaceta 511 de 2015.

Cámara de Representantes (2017): Proyecto de ley 108 de 2017. “Por medio de la cual se dictan disposiciones para promover y facilitar la denuncia de conductas de corrupción, y se adoptan medidas de protección y reparación para los denunciantes” en Gaceta 721 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>.

Cámara de Representantes (2017): Proyecto de ley 109 de 2017. “Por medio de la cual se dictan normas en materia de probidad y prevención de la corrupción” en Gaceta 721 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>.

Senado de la República (2017): Proyecto de ley 16 de 2017. “Por medio de la cual se fortalecen los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública.” en Gaceta 601 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Senado de la República (2017): Proyecto de ley 47 de 2017. “Por medio del cual se adiciona el artículo 397A y se modifican los artículos 399A, 400A y 415 de la ley 599 de 2000 y los artículos 202 y 205 de la ley 906 de 2004” en Gaceta 630 de 2017. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Senado de la República de Colombia (2016): Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de Ley número 017 de 2015 de Cámara y número 125 de 2016 de Senado en Gaceta 872 de 2016. Recuperado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>.

#### Prensa:

Revista Semana (2018): “Las sumas y restas de las campañas políticas”. Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/campanas-politicas-2018-inversion-en-dinero/559767>

Revista Dinero (2019): “Fiscalía confirma pagos de Odebrecht a campañas de Santos y Zuluaga”. Recuperado de: <https://www.dinero.com/pais/articulo/fiscalia-confirma-pagos-de-odebrecht-a-campanas-de-santos-y-zuluaga/247493>

WRadio (2007): “Ex presidente Samper reconoce que narcotráfico contaminó su campaña”. Recuperado de: <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/ex-presidente-samper-reconoce-que-narcotrafico-contamino-su-campana/20070415/nota/414721.aspx>

La FM (2019): “Piden a Fiscalía investigar presuntos dineros del narcotráfico en campañas electorales” Recuperado de: <https://www.lafm.com.co/politica/piden-fiscalia-investigar-presuntos-dineros-del-narcotrafico-en-campanas-electorales>

El Colombiano (2017): “Transparencia en campaña, ¿un imposible?”. Recuperado de: <https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/transparencia-en-campana-un-imposible-CH6393501>

El Tiempo (2015): “Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes”. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>.

Transparencia por Colombia (2018): “¿Qué debe tener en cuenta la reforma política sobre financiación?”. Recuperado de: (<http://transparenciacolombia.org.co/2019/02/15/que-debe-tener-en-cuenta-la-reforma-politica-sobre-financiacion/>

El Espectador (2018): “La imposible reforma al Consejo Nacional Electoral”. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/la-imposible-reforma-al-consejo-nacional-electoral-articulo-809294>

### Normativa:

Ley 58 de 1985, “por la cual se dicta el Estatuto Básico de los Partidos Políticos y se provee a la financiación parcial de las campañas electorales”.

Constitución Política de 1991.

Ley 130 de 1994, "por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones".

Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Pena”

Acto Legislativo 01 de 2003, “por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”.

Ley 996 de 2005, “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”.

Acto legislativo 02 de 2004, “por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

Acto Legislativo 01 de 2009, “por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”.

Ley 1475 de 2011, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1864 de 2017, “mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática”.

Resolución 2796 de 2017, del Consejo Nacional Electoral.

Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos. BOE-A-2007-13022.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE-A-1995-25444.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 3 de marzo de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 23 de marzo de 1994

Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de febrero de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 25 de septiembre de 1997

Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis, 22 de mayo de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 27 de enero de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia C-897 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 30 de agosto de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-1153 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 11 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, 20 de agosto de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 26 de junio de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-575 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de agosto de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de febrero 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-397 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 25 de mayo de 2010

Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de mayo de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 23 de junio de 2011.

Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, 28 de junio de 2013

Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de marzo de 2015

Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo, 20 de abril de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-299 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 8 de junio de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de febrero de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T.595 de 2017. M.P. Carlos Bernal Pulido, 25 de septiembre de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 26 de junio de 2019.

Tribunal Constitucional. Auto 63/04, de 24 de febrero

Tribunal Constitucional. Auto 233/04, de 7 de junio

Tribunal Constitucional. Auto 395/04, de 19 de octubre

Tribunal Constitucional. Auto 332/05, de 13 de septiembre

Tribunal Constitucional. Sentencia 127/09, 26 de mayo

Tribunal Constitucional. Sentencia 60/10, de 7 de octubre

