

Pintura "Mano Colgada". Fuente: <http://penalfrank.blogspot.com/>



# CONFIGURACIONES DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA.

#### AUTORES:

Rafael Enrique Gómez González.  
Belkys Stella Rey Jiménez.  
Rosa María Villarreal Echenique.  
Roberto Carlos Puello Acevedo.  
Cecilia del Carmen Amador Duque.  
Gloria Mixsue Montoya Rincón.  
Edwin José Ballesteros Arguelles.  
Haydeé Hernández Vargas.  
José Camacho Garbiras.

**ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA.**

Abogada y PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.



## DIRECTIVAS DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

### DIRECTIVOS NACIONALES

#### PRESIDENTE

Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

RECTOR NACIONAL

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

CENSOR NACIONAL

Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

SECRETARIO NACIONAL

Dr. Pablo E. Cruz Samboní

### DIRECTIVOS SECCIONALES

#### PRESIDENTE DELEGADO RECTOR

Dr. Beatriz Tovar Carrasquilla

SECRETARIO GENERAL

Lic. Luis María Rangel Sepúlveda

#### DIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Dr. Arturo Rincón Ortiz

#### DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. Armando Noriega

SECRETARIO ACADEMICO

Dr. Efraín Bohórquez Ruiz

#### DIRCTORA DE CONSULTORIO JURÍDICO Y CENTRO DE CONCILIACIÓN

Dra. Mario Echeverría Acuña

#### COORDINADORA DE POSTGRADOS EN DERECHO.

Dra. María Fernanda Nova D

#### DIRECTORA DE CENTRO DE INVESTIGACIONES.

Dra. Zilath Romero González



Ramírez Llerena, Elizabeth

Configuraciones del Derecho Penal en Colombia / Elizabeth Ramírez Llerena. – 1ª ed.-  
Cartagena: Universidad Libre, 2015.

285 p.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978-958-8621-59-3

1. Derecho penal – Legislación

I. Tít.

345. 861 SCDD 20 ed.

Catalogación en la fuente - Universidad Libre, Sede Cartagena. Biblioteca

La publicación de este documento está sujeta a los criterios de la evaluación de los pares científicos. Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de la autora y su grupo de investigación académico-científico Semillero de Sociología Jurídica SEMISOJU. Las opiniones expresadas por la autora, el uso de fotografías gráficas e imágenes, son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. El material de este libro puede ser reproducido o citado con carácter académico, citando la fuente: Ramírez Llerena Elizabeth. **Configuraciones del Derecho Penal en Colombia**. Universidad Libre, Sede Cartagena. Programa de Derecho. Centro de Investigaciones. 2015

Compiladora: Elizabeth Ramírez Llerena. PhD. Derechos Reservados. ©

Dirección Electrónica: elizabeth.ramirez@unilibrectg.edu.co

Consejo Editorial:

Beatriz Tovar Carrasquilla. Rectora

Armando Noriega Ruiz. Decano Facultad de Derecho.

Silvio Montiel Paternina. Decano Facultad de Ciencias Económicas.

Zilath Romero González. Directora de Investigación.

Universidad Libre, Sede Cartagena. Pie de la Popa, Calle Real No 20-177

Cartagena de Indias, Sur América. Teléfonos: 6661147- 6561379, Ext. 28

Junio de 2015

ISBN: 978-958-8621-59-3

Grupo de Investigación en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. SEMISOJU

Registro COLCIENCIAS COL0005289

Línea de Investigación, DERECHO PENAL y CRIMINOLOGÍA

Primera Edición

Editorial: Universidad Libre de Colombia

Diagramación e Impresión: IMPRIMA S.A.S



## COMPILADORA/AUTORA

### **ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA**

Abogada, Universidad de Cartagena. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social, Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal, Universidad Simón Bolívar. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Docente de Jornada Completa en Investigación, Facultad de Derecho, Universidad Libre Sede Cartagena.



## PRESENTACIÓN

El libro “**CONFIGURACIONES DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA**” surge como consecuencia de la necesidad de tener un medio útil para difundir los conceptos jurídicos y humanistas producto de investigaciones y ensayos sobre distintos temas del Derecho Penal en Colombia. En este orden de ideas, el primer libro está destinado a presentar varios resultados de investigación afines al postgrado en derecho penal y criminología, contando con interesantes publicaciones de los egresados de las diversas promociones de la Especialización de Derecho Penal Y Criminología, tanto como de profesores nacionales e internacionales.

Esperamos crecer en calidad y variedad de temáticas, toda vez que el fortalecimiento del Instituto de postgrado de la Universidad Libre permite que se vincularan artículos de derecho penal y criminología, evidenciando la calidad y constancia en la divulgación de resultados de investigación de profesores, estudiantes de posgrado e invitados especiales. Actualmente es el medio de difusión más importante de resultados de investigación del Instituto de postgrados de la Universidad Libre Sede Cartagena, el cual cuenta con especializaciones como la de Derecho Penal y Criminología en las que se ha contribuye al crecimiento académico frente al derecho en Colombia. Presentamos este libro como el medio de difusión más importante de resultados de investigación del programa de Derecho de la Universidad Libre Sede Cartagena, contribuyendo al crecimiento académico frente al derecho en Colombia.

**ELIZABETH RAMÍREZ LLERENA**

PhD., en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas



## CONTENIDO

	Pág
<b><i>Parte I: FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL.</i></b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO 1: CHARLIE HEBDO ¿UNA APOLOGIA AL DELITO?.</b> Por: Elizabeth Ramírez Llerena.	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 2: ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS IMPRUDENTES CON OCASIÓN AL ESTADO DE EMBRIAGUEZ DEL AUTOR.</b> Por: Rafael Enrique Gómez González.	<b>30</b>
<b><i>Parte II: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.</i></b>	<b>47</b>
<b>CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA CONTROLAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES Y DE LAS PENAS EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.</b> Por: Belkys Stella Rey Jiménez.	<b>48</b>
<b>CAPÍTULO 4: TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y ESTADO CONSTITUCIONAL EN VIRTUD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI.</b> Por: Rosa María Villarreal Echenique.	<b>63</b>
<b>CAPÍTULO 5: EL FUERO MILITAR EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.</b> Por: Roberto Carlos Puello Acevedo.	<b>88</b>



<b><i>Parte III: DERECHO PROCESAL PENAL.</i></b>	<b>118</b>
<b>CAPÍTULO 6: LEGITIMIDAD DE LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL MEDIANTE LA INTROMISIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA DIGNIDAD HUMANA, LIBERTAD, INTIMIDAD Y DEBIDO PROCESO. Por: Cecilia del Carmen Amador Duque.</b>	<b>119</b>
<b><i>Parte IV: POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL.</i></b>	<b>144</b>
<b>CAPÍTULO 7: ANÁLISIS DEL DECRETO 0683 DE 2013 EN LOS ÍNDICES DE HOMICIDIO COMO VALIDEZ DE UNA POLÍTICA CRIMINAL EN EL DISTRITO DE CARTAGENA. Por: Gloria Mixsue Montoya Rincón.</b>	<b>145</b>
<b><i>Parte V: DERECHO PENAL ESPECIAL.</i></b>	<b>189</b>
<b>CAPÍTULO 8: ANÁLISIS AL TIPO PENAL DE ACTIVIDAD ILÍCITA DE EJERCICIO MONOPOLÍSTICO DE ARBITRIO RENTÍSTICO CON OCASIÓN AL SUJETO ACTIVO. Por: Edwin José Ballesteros Arguelles.</b>	<b>190</b>
<b><i>Parte VI: SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHO PENAL.</i></b>	<b>225</b>
<b>CAPÍTULO 9: EJECUCIÓN DE LA PENA - MUJERES PRIVADA DE LA LIBERTAD – DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA – ANALISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. Por: Haydeé Hernández Vargas.</b>	<b>226</b>
<b><i>Parte VII: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PENAL.</i></b>	<b>254</b>
<b>CAPÍTULO 10: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PROTEGIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL A UN INTERNO DE LA CÁRCEL DE TERNERA, EN LA SENTENCIA T -690 DE 2004. Por: José Camacho Garbiras.</b>	<b>255</b>



## **Parte I: FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL**

## CHARLIE HEBDO: ¿UNA APOLOGIA AL DELITO? COMPARACIÓN DESDE EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO Y EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Por: Elizabeth Ramírez Llerena<sup>1</sup>

**I.- Resumen:** El 7 de enero de 2015 en París – Francia, se vivió una crisis terrorista protagonizada por dos extremistas yihadistas, relacionados con la red terrorista Al-Qaeda, que atacaron la sede del Seminario Francés Charlie Hebdo, el cual fue muy crítico con las diferentes religiones en sus caricaturas; los Papas Ratzinger y Francisco, Mahoma, o los rabinos judíos fueron blancos de sus sátiras; de allí que nos preguntemos: ¿Lo ocurrido en Charlie Hebdo es una apología al delito de genocidio? El objetivo general de esta investigación es, Determinar mediante un análisis hermenéutico si lo ocurrido en el semanario Charlie Hebdo, es una apología al delito y los objetivos específicos son: Realizar una reseña sobre lo ocurrido en el semanario Charlie Hebdo en París – Francia y Revisar las teorías sobre la apología al delito en Colombia y España para compararlas. Este artículo es resultante de la investigación jurídica pura, bibliográfica y de corte del análisis de texto titulada: CHARLIE HEBDO O LA APOLOGIA AL DELITO. Como resultado podemos decir que periódicos del mundo tildaron la masacre de 12 personas como un atentado contra la libertad de prensa y de expresión; otros dicen que el semanario atiza el odio de los musulmanes, por lo tanto se podría concluir que al atizar el odio de los musulmanes Charlie Hebdo, generó una apología a la consumación del delito de genocidio.

---

<sup>1</sup> Elizabeth Ramírez Llerena. Abogada, Universidad de Cartagena. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Teoría, Métodos y Técnicas de Investigación Social, Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal, Universidad Simón Bolívar. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Docente de Jornada Completa en Investigación de la Facultad de Derecho, Universidad Libre sede Cartagena.

**II.- Palabras clave:** Víctimas, Derechos Humanos, Delincuentes, Control Social, Tendencias del Delito.

**III.-Abstract:** On January 7, 2015 in Paris – France was a terrorist crises, starring two jihadi extremists associated with Al-Qaeda terror network, that attacked the headquarters of the French Seminary Charlie Hebdo, which was highly critical of the different religions lived in his cartoons; Ratzinger and the Papas Francisco, Muhammad, or the Jewish rabbis were targets of his satire; Hence, we ask: What happened to Charlie Hebdo is a defense to the crime of genocide? The overall objective of this research is, through a hermeneutical analysis Determine if what happened in the weekly Charlie Hebdo is an apology of crime and the specific objectives are: To conduct a review of what happened in the weekly Charlie Hebdo in Paris - France and Review theories of advocacy of crime in Colombia and Spain for comparison. This article is the result of pure, literature and court legal text analysis research titled Charlie Hebdo or advocacy to crime. As a result we can say that the world newspapers branded the slaughter of 12 people as an attack on freedom of the press and expression; others say the weekly fueling hatred of Muslims, so it could be concluded that stir up hatred of Muslims Charlie Hebdo, generated an apology to the consummation of the crime of genocide.

**IV.-Key Words:** Victims, Human Rights, Offenders, Social Control, Crime Trends.

## 1. Introducción

Después de la masacre de los caricaturistas del semanario francés Charlie Hebdo, esta revista francesa sacó una edición especial con nuevos dibujos que representan al profeta Mahoma; consideramos que estas caricaturas publicadas en el semanario satírico francés Charlie Hebdo, atizan el odio del islam y de los pueblos musulmanes. La última edición de Charlie Hebdo, que salió a la venta con

un tiraje excepcional de 3 millones de ejemplares, muestra en la portada a un Mahoma con ropa y turbante blancos, una lágrima que le salta de los ojos y una pancarta entre las manos en la que se puede leer "*Je suis Charlie*" ("Soy Charlie"). Encima suyo un lema indica: "*Tout est pardonné*" ("Todo está perdonado"). Consideramos que con sus publicaciones satíricas la publicación no sirve para la coexistencia pacífica entre los pueblos e impide la integración de los musulmanes en las sociedades europeas y occidentales; así también lo indicó Al Azhar<sup>22</sup> mediante un comunicado.

Al Azhar fue una de las primeras instituciones musulmanas en condenar los ataques contra las oficinas de Charlie Hebdo en París, que causaron 12 muertos, en el peor atentado en Francia en décadas. Este trabajo va dirigido a describir la posible repercusión de la apología del delito, cuya naturaleza se hallaría entre el ejercicio de las libertades de expresión e información por parte del Semanario francés y la de ser un acto preparatorio del delito de genocidio en su contra por parte de los Musulmanes, se busca con este artículo exponer la situación de la apología del delito en nuestra legislación penal y en otras legislaciones como la española e incluye una breve revisión de la literatura relevante que es poca en Colombia y sus principales objetivos son los de analizar la normatividad que regula la apología del delito en este país teniendo como referente lo ocurrido en Charlie Hebdo. El método empleado para el estudio en esta investigación es el Analítico, ya que esta es una investigación bibliográfica, con fundamento en el análisis de texto, se buscó una bibliografía sobre la apología del delito a nivel mundial y específicamente en Colombia, para una vez hechas las fichas bibliográficas se procediera a hacer análisis de texto con la información recopilada.

---

<sup>22</sup> Al Azhar, es la principal autoridad del islam sunita, con sede en Egipto.

## 1.1. Reseña sobre lo ocurrido en el semanario Charlie Hebdo en París – Francia.

El pasado 7 de enero de 2015, en París dos hombres armados ingresaron a la sede de la publicación francesa Charlie Hebdo y asesinaron 12 personas, entre ellas al director del semanario y a varios dibujantes. El ataque fue asociado a una retaliación por parte de fundamentalistas Islámicos que pretendía vengar las caricaturas que este diario publicaba y que ellos consideraron ofensivas, en contra de su religión Musulmana y del profeta Mahoma.<sup>3</sup> Los atacantes obligaron a una caricaturista del Charlie Hebdo, que estaba con su hija pequeña, a abrir la puerta. El personal estaba en una reunión editorial y los atacantes apuntaron directamente al director del diario, Stéphane Charbonnier, conocido por su seudónimo Charb, a quien mataron junto con su guardaespaldas policial. Los famosos caricaturistas Cabu, Wolinski y Tignous también fueron víctimas y los dos agresores volvieron a su automóvil sin detenerse y gritaron: "*¡Vengamos al profeta Mahoma! ¡Matamos a Charlie Hebdo!*". El semanario Charlie Hebdo era blanco constante de amenazas desde que en 2006 publicó caricaturas de Mahom,a que indignaron al mundo islámico. Las oficinas de Charlie Hebdo fueron atacadas con bombas en 2011, tras un número con una caricatura que parodiaba a Mahoma en su portada. Casi un año más tarde, el semanario volvió a publicar satíricos dibujos sobre el profeta, motivando denuncias en todo el mundo musulmán.<sup>4</sup> Pero la violencia casi nunca es gratuita, y para comprender mejor este análisis se hace necesario situarla en contexto, veamos algunas de las caricaturas publicadas en Charlie Hebdo.

---

<sup>3</sup> Barboza Francisco. Periódico *Ámbito Jurídico*. 26 de Enero al 8 de Febrero de 2015. Página 10.

<sup>4</sup> *Ibidem*.



Imagen No 1: Revista de Charlie Hebdo, de 26 de Julio de 2013. Caricatura que hace referencia a la iglesia Católica. Fuente: [www.priceminister.com](http://www.priceminister.com).



Imagen No 2: Revista de Charlie Hebdo, de 19 de Julio de 2013. Caricatura que hace referencia a los musulmanes. Fuente: [www.afrik.com](http://www.afrik.com).



**Imagen No 3: Revista de Charlie Hebdo. Caricatura que hace referencia al Judaísmo. Fuente: [www.joelecrobeau.com](http://www.joelecrobeau.com).**

El asesinato de los periodistas, caricaturistas y policías fue un acto ideológico, uno por parte de un sector del islam que considera toda manifestación de burla, sátira o parodia, una ofensa que debe ser pagada con la vida. El humor siempre será un elemento subversivo frente a lo dogmático, y la ideología arraigada no tiene espacios para estos elementos: su supervivencia depende de su eliminación. En países como Pakistán, Turquía y Mauritania miles de musulmanes salieron a las calles a protestar contra la última portada del semanario satírico francés Charlie Hebdo, mostrando su apoyo a los hermanos Koachi, autores del atentado. Con pancartas, cantos y quemando banderas de Francia, los protestantes exigieron respeto por el islamismo.



**Imagen No 4: Protestas musulmanas contra Charlie Hebdo. Fuente:**  
<http://www.elpais.com.co/>.

El semanario satírico Charlie Hebdo, sigue provocado reacciones contradictorias en el mundo musulmán, donde muchos han rechazado el atentado de extremistas islámicos contra las oficinas de la publicación francesa en París que dejó 12 muertos. Sin embargo, se sienten a la vez profundamente ofendidos por el historial de caricaturas publicadas que se burlan del profeta Mahoma. Esas pasiones se avivaron cuando el primer número de la revista tras el ataque tuvo como portada una caricatura de Mahoma con un cartel que decía "Yo soy Charlie". Según las tradiciones islámicas, cualquier representación física de Mahoma, incluso una que sea respetuosa, es considerada blasfemia.



**Imagen No 5: Reacciones contra Charlie Hebdo en el mundo Musulmán.**

**Fuente: <http://www.elpais.com.co/>.**

El gobierno iraní ha condenado públicamente tanto el ataque al semanario como a la publicación misma, calificando las caricaturas de Mahoma de "provocadoras" y un insulto al islam. En otras partes del mundo musulmán, el presidente afgano Ashraf Ghani condenó a Charlie Hebdo y dijo que la nueva portada con la caricatura de Mahoma es blasfema y un acto un tanto irresponsable. *"La libertad de expresión debe usarse para impulsar la comprensión entre las religiones", dijo en un comunicado emitido por el palacio presidencial. "Afganistán ha sufrido muchos años de guerra y violencia, más que cualquier otro país, y es necesario entender y promover la coexistencia entre todos los pueblos del mundo".*<sup>5</sup>

Por su parte, el primer ministro de Irak, Haider al-Abadi, también emitió una declaración de condena, y advirtió que *"las palabras ofensivas pueden llevar a más derramamiento de sangre"*. Al-Abadi llamó a todas las partes a *"desistir de tales prácticas, que crean una atmósfera de división y rechazo"*. El mandatario

<sup>5</sup> Periódico el País. Disponible en: [www.elpais.com](http://www.elpais.com). Consultada el día 24 de enero de 2015.

reiteró su condena a los ataques a víctimas inocentes en París, diciendo que el terrorismo *"no tiene nada que ver con el islam"*. También hubo protestas frente a la embajada francesa en la capital yemení de Saná, así como en Karachi, Pakistán. En Egipto, el Partido Islamista Noor denunció la portada más reciente de Charlie Hebdo en su página de Facebook en francés. *"De la misma manera que el Partido Noor rechaza la agresión a los civiles y el efecto negativo que ha tenido para todos los musulmanes en Europa, también rechaza el bárbaro e irresponsable acto de bajo el nombre de la libertad de expresión"*.<sup>6</sup>

Muchos consideran que los caricaturistas de Charlie Hebdo incurrieron con sus dibujos satíricos, en actos de racismo y discriminación contra la etnia musulmana, la cual entre sus rasgos culturales tiene prohibido dibujar al profeta Mahoma considerado blasfemia si lo hacen como lo hizo Charlie Hebdo. En Colombia la Ley 1482 de 2011; con la cual se modificó el Código Penal colombiano y se establecieron otras disposiciones regula en el *ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY: Esta ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación.*

Así mismo esta Ley dijo en el siguiente articulado:

*ARTÍCULO 2o. El Título I del Libro II del Código Penal tendrá un Capítulo IX, del siguiente tenor: CAPÍTULO II. De los actos de discriminación.*<sup>7</sup> *ARTÍCULO 3o. El Código Penal tendrá un artículo 134<sup>a</sup> del siguiente tenor: Artículo 134A. Actos de Racismo o discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y*

---

<sup>6</sup> *Ibídem.*

<sup>7</sup> Ley 1482 de 2011.

seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

*ARTÍCULO 4o. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:*  
*Artículo 134B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.*

*ARTÍCULO 5o. El Código Penal tendrá un artículo 134C del siguiente tenor:*  
*Artículo 134C. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando:*

- 1. La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público.*
- 2. La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva.*
- 3. La conducta se realice por servidor público.*
- 4. La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público.*
- 5. La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor.*
- 6. La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.*

*ARTÍCULO 6o. El Código Penal tendrá un artículo 134D del siguiente tenor: Artículo 134D. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando:*

*1. El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga.*

*2. Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.*

*ARTÍCULO 7o. Modifíquese el artículo 102 del Código Penal: Artículo 102. Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.*

*ARTÍCULO 8o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

Las conclusiones relevantes del estudio se explican en este acápite, haciendo énfasis en las implicaciones en cuanto al estudio de la Apología del Delito en Colombia comparado con el Derecho Español desde lo ocurrido en Charlie Hebdo el 7 de enero de 2015, veamos:

## 1.2. Lo ocurrido en Charlie Hebdo y la Libertad de Prensa y de Expresión en Colombia

En muchos lugares del mundo se consideró el ataque de los Yihadistas contra el semanario satírico francés Charlie Hebdo como un ataque a la libertad de Prensa y/o de Expresión. En Colombia, la Constitución Política tiene el Artículo 20<sup>8</sup> que habla de la Libertad de expresión e información, dice: *Comprende este artículo además la responsabilidad de los medios masivos de comunicación, derecho a la rectificación y prohibición de censura.* La libertad de expresión es una condición necesaria para que el ser humano se desarrolle plenamente en sociedad, pues se entiende que el hombre por el que se preocupa el derecho en Colombia, no es el hombre aislado sino el hombre en sociedad. Es así como el artículo 1º dice que: *“La República de Colombia se funda en el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.”*<sup>9</sup> Por lo tanto se busca con la libertad de expresión la realización del ser humano como individuos dentro de una sociedad. Pero no solo se busca la realización del individuo con la libertad de expresión, también la realización del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista. El ser político se desarrolla en un Estado democrático, solo si puede expresarse libremente, difundir su pensamiento, recibir información veraz e imparcial y si es el caso fundar medios masivos de comunicación que no podrán por lo tanto ser monopolio exclusivo de nadie, ni aún del Estado.

Con respecto a la responsabilidad social que se le impone a los medios de comunicación, es pertinente decir que esto responde a las condiciones de la sociedad actual. Con razón decía Napoleón<sup>10</sup> que temía más a un periódico que a cien fusiles. Pues bien, hoy en día no se trata sólo de periódicos sino de

---

<sup>8</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

<sup>9</sup> *Ibidem.*

<sup>10</sup> Disponible en. [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/articulo\\_20.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/articulo_20.html). [Versión Electrónica]. Consultado el día 24 de febrero de 2014.

verdaderos medios masivos de comunicación como la televisión y la Internet que llegan a casi todos los confines del planeta y que a nivel nacional se difunden tan ampliamente que pueden llegar a tener efectos positivos o negativos en forma muy amplia.

Sobre la libertad de expresión ha dicho la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-442 de 2011: *Se han distinguido ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión: (1.-) su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2.-) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos; (3.-) existen diferentes grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más intensa que otros, lo cual a su vez tiene directa incidencia sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4.-) protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5.-) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6.-) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7.-) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; por último (8.-) impone claras*

*obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.*<sup>11</sup>

### **1.3. Charlie Hebdo y la Apología al Delito de Genocidio en Colombia y España**

Este trabajo no va dirigido a describir y fundamentar el derecho fundamental a la Libertad de Expresión, ni tampoco a trazar sus límites con el derecho al honor o la intimidad. Su objetivo es el de analizar la posible repercusión de un concreto ejercicio de las libertades de expresión e información que realizan los periódicos y que puede afectar a terceros, en la medida en que dé pie a que se cometan hechos delictivos, tales como la mascare ocurrida en el seminario francés Charlie Hebdo, porque este mismo semanario estuvo atizando el odio y el terrorismo en las sociedades musulmanas, aunque estamos de acuerdo en que toda expresión, como la de las caricaturas de Charlie Hebdo por ofensivas que sean, ameritan protección, aunque aquellas puedan provocar un daño inminente como el asesinato de 12 personas, en la sede de este Semanario.

#### **1.3.1. La Apología del Delito**

*"En el ámbito del derecho penal, la apología del delito o del crimen es un delito que consiste en el elogio, solidaridad pública o glorificación de un hecho que con fuerza de cosa juzgada ha sido declarado criminal, o de su autor a causa de este hecho".*<sup>12</sup> La acción consiste en hacer la apología de un delito; por lo tanto Apología quiere decir tanto como discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas. Lo más frecuente ha de ser la propaganda o el elogio de delitos políticos o sociales. La apología debe tener lugar públicamente,

---

<sup>11</sup> Sentencia C-442 de 2011. Disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 24 de enero de 2015.

<sup>12</sup> Enciclopedia Libre Universal en Español. Disponible en: [us.es/index.php](http://us.es/index.php). Consultada el día 24 de enero de 2015.

este es único modo como se lesiona el orden público. La apología en privado es atípica no constituye delito, como si los caricaturistas de Charlie Hebdo pintaran sus dibujos y no los publicaran. El hecho puede ejecutarse por cualquier medio. Son pues, aptos la palabra hablada o escrita, los gráficos, las representaciones, etc. y puede el autor valerse de la radio, la televisión o cualquier otra vía apta para llegar a un número indeterminado de personas, de modo que el hecho pueda considerarse públicamente cometido. La consumación tiene lugar en el momento mismo de hacerse la apología públicamente, sin que sea preciso esperar resultado alguno.<sup>13</sup>

### 1.3.2. Objeto de la Apología

Para una parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, se comprende la ponderación o alabanza de uno o varios delitos en abstracto, como puede ser: glorificar el homicidio, o el pillaje. Otro grupo sostiene que la apología del crimen es una forma de inducir a él, es instigación directa y se configura únicamente instigando a cometer un delito determinado. Está en su espíritu el requisito de que la apología debe referirse a un hecho determinado y concreto. En su aspecto subjetivo, la apología punible es un hecho doloso, y el dolo debe comprender el conocimiento, de que lo que es objeto de defensa o alabanza constituye un delito cometido o un condenado por delito. Los móviles carecen de significado, al requerirse que se trata de hechos o personas determinadas y no de opiniones en abstracto.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Noillet Alejandra. (2015) *Delitos contra el orden público*. Disponible en: [www.monografias.com](http://www.monografias.com). [Versión Electrónica]. Consultada el día 24 de enero de 2015.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

### **1.3.3. La Apología al Genocidio en Colombia**

Es la negación de la existencia de vida del grupo, este en un delito de carácter internacional y no es necesario que la víctima o el sujeto pasivo presente querrela, se pueda perseguir de oficio. El Código Penal colombiano reza:

#### **Artículo 101. Genocidio**

El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político (que actúe dentro del marco de la ley), por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años. La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

- 1.- Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
- 2.- Embarazo forzado.
- 3.- Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- 4.- Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- 5.- Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Según su estructura el genocidio es compuesto alternativo; Según el bien jurídico el genocidio es de lesión y pluriofensivo. El sujeto activo del genocidio es indeterminado mono subjetivo, según su contenido el genocidio se puede

cometer por acción y por omisión impropia. El genocidio y la apología del genocidio no se pueden cometer por dolo o preterintención (dolo directo y dolo eventual). El juez competente para conocer de los casos de genocidio en Colombia es el juez penal del circuito especializado.

## **Artículo 102. Apología del Genocidio**

El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

### **1.3.4.- La Apología al genocidio en España**

Desde 1995, la apología ha quedado prevista en el artículo 18 del Código Penal español, como una conducta genérica y no vinculada a un tipo o grupo de tipos determinados<sup>15</sup> En concreto, constituye "*apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*".<sup>16</sup> Se configura entonces como una modalidad de provocación. Y ésta, junto con la conspiración y proposición, constituyen los llamados *actos preparatorios punibles*, los cuales se conciben como preceptos que extienden la penalidad más allá de lo previsto en los respectivos tipos de los cuales aquéllos son *preparación*.

---

<sup>15</sup> Se trata de la definición de apología que establece el Código Penal español de 1995, artículo 18.

<sup>16</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 521.

En la legislación española la consagración del llamado delito de apología del genocidio, en el artículo 607.2 del Código penal español, pareció problemática a la doctrina por la dificultad que suponía su armonización con el delito de apología general del artículo 18.1 del mismo código. La dificultad estaba en que mientras la apología del art. 18 exige, para su punición, que se trate de una forma de provocación para la comisión del delito, de la literalidad del art. 607.2 no parece posible extraer esa condición, por lo que se estaría castigando la difusión de ideas o doctrinas en sí misma considerada. Entendida así la apología del genocidio, como una suerte de delito de opinión, y no puede ser aceptada la configuración que el legislador le dio al delito, por suponer una limitación injustificada del derecho a la libertad de expresión. Conforme a lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad de una parte del artículo 607.2 CP (la referida a la negación) se quedó corta al no incluir la justificación del genocidio, ya que las razones que llevaron al Tribunal constitucional español a considerar contrario a la carta política el delito de “negacionismo”, podían ser predicadas de la totalidad del artículo.<sup>17</sup>

El castigo de la apología ha sido siempre una cuestión controvertida: como es obvio, el castigo de la expresión de una opinión (aunque, como en este caso, constituya una alabanza de un determinado delito) parece entrar en colisión con el derecho fundamental a la Libertad de Expresión, recogido en el ordenamiento Constitucional colombiano y también en el español con carácter general en el articulado de la Constitución. *“La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y*

---

<sup>17</sup> Ramos Vázquez José Antonio. *La Declaración de Inconstitucionalidad del Delito del Negacionismo*. (Artículo 607.2 del Código Penal Español) *Enero-Junio 2009* Revista Nuevo Foro Penal, No. 72.

*circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito*". Como salta a la vista ya en una primera lectura de este precepto, la apología –en efecto- se consideró punible por parte del legislador de 1995 en España, pero solo en la medida en que por su naturaleza y circunstancias constituyese una incitación directa a cometer un delito, es decir, la apología sólo constituirá delito en cuanto que forma de provocación.<sup>18</sup>

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior, o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito. Como puede observarse, se penalizaba un comportamiento apologético (utilizándose sin problemas el *nomen iuris* de apología), pero sólo en la medida en que pudiese "*constituir una incitación directa a cometer delito*". En este sentido, como comentó en su día Barquín Sanz, el precepto "*no tiene mucho que discutir (...) dentro de su ámbito entra toda expresión proferida por una persona que signifique el enaltecimiento del genocidio (...) Pero debe tenerse en cuenta que con lo dicho no basta para integrar el tipo descrito por el artículo 137 bis b), sino que es necesario que, además de ello, se den los requisitos de difusión pública y de aptitud para la provocación*"<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Sánchez-Ostiz Pablo. *La apología del delito*. Universidad de Navarra. 2010.

<sup>19</sup> Barquín Sanz, J., *Apología del genocidio* en Cobo Del Rosal (Dir.) / Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVIII, Madrid, EDERSA, 1997, p. 377.

## 2. Conclusiones

Este trabajo va dirigido a describir la posible repercusión de la apología de delito en las caricaturas de Mahoma publicadas en el Semanario francés Charlie Hebdo, cuya naturaleza se hallaría entre el ejercicio de las libertades de expresión e información y la de ser un acto preparatorio del delito de genocidio por parte de los mismos caricaturistas en manos de Yihadistas extremistas miembros de Al-Qaeda. Uno de los temas que más ha dado que hablar a la doctrina colombiana es el de los márgenes de la libertad de expresión, delicado en cuanto que afecta al ejercicio de un derecho fundamental en el tiempo inmediatamente siguiente a una época marcada por restricciones y prohibiciones; pero delicado también en cuanto puede afectar a derechos de terceros que ven menospreciado su *honor o intimidad* en aras de un derecho a la libertad de expresión de otros; y también por cuanto las libertades de expresión e información pueden dar lugar a otros *hechos (delictivos por ejemplo)* que afecten sin duda a derechos fundamentales de terceros.

Este trabajo no va dirigido a describir y fundamentar ese derecho fundamental, ni tampoco a trazar sus límites con el derecho al honor o la intimidad. Su objetivo es el de revisar la posible repercusión de un concreto ejercicio de las libertades de expresión e información que puede afectar a terceros en la medida en que dé pie a que se cometan hechos delictivos como el asesinato de los mismos caricaturistas que ridiculizaban el Islam. Es nuestro interés el tema de la apología de delito y su discutida compatibilidad con un Derecho penal que se comprende a sí mismo como garantista. Podemos concluir este análisis en forma de interrogación: ¿Resulta legítimo sancionar como apología de delito las manifestaciones de las libertades de expresión e información de los caricaturistas de Charlie Hebdo? ¿Qué sentido delictivo reviste la exposición de caricaturas satíricas de Mahoma y el Islam ante una concurrencia de personas difundidas en el semanario francés Charlie Hebdo, como ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan las ideas extremistas de los Yihadistas de Al-Qaeda?

### 3. Bibliografía

Barboza Francisco. Periódico *Ámbito Jurídico*. 26 de Enero al 8 de Febrero de 2015. Página 10.

Barquín Sanz, J., “Apología del genocidio” en Cobo Del Rosal (Dir.) / Bajo Fernández, M. (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVIII, Madrid, Edersa, 1997, p. 377.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Disponible en. [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/articulo\\_20.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/articulo_20.html). [Versión Electrónica]. Consultado el día 24 de febrero de 2014.

Enciclopedia Libre Universal en Español. Disponible en: [us.es/index.php](http://us.es/index.php). Consultada el día 24 de enero de 2015.

Ley 1482 de 2011.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, M., *Derecho Penal*. Parte general, 4ª ed. Revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 521.

Noillet Alejandra. (2015) Delitos contra el orden público. Disponible en: [www.monografias.com](http://www.monografias.com). [Versión Electrónica]. Consultada el día 24 de enero de 2015.

Periódico el País. Disponible en: [www.elpais.com](http://www.elpais.com). Consultada el día 24 de enero de 2015.

Ramos Vázquez José Antonio. La Declaración de Inconstitucionalidad del Delito del Negacionismo. (Artículo 607.2 del Código Penal Español) *Enero-Junio 2009* Revista Nuevo Foro Penal, No. 72.

Sánchez-Ostiz Pablo. La apología del delito. Universidad de Navarra. 2010.

Sentencia C-442 de 2011. Disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 24 de enero de 2015.



## “ANÁLISIS A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS DELITOS IMPRUDENTES, CON OCASIÓN AL ESTADO DE EMBRIAGUEZ DEL AUTOR”

**Por:** Rafael Enrique Gómez González<sup>20</sup>

**I. Resumen:** El artículo que a continuación se relaciona, tiene por finalidad principal, la de establecer un estudio de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*, especialmente al análisis del principio de proporcionalidad en la ley penal. Los derechos fundamentales en la moderna dogmática penal se instauran como verdaderos límites materiales al uso desmedido de la fuerza punitiva del Estado y del derecho a castigar. Ya que el castigo, entendido contemporáneamente como el posterior juicio de reproche con la ulterior sanción o pena, establece desde el establecimiento del Estado constitucional democrático de derechos, nuevas orientaciones teóricas, que sirven de herramientas no solo conceptuales, sino para la construcción efectiva de una verdadera práctica del derecho penal más allá de las consagraciones criminológicas de sanción y castigo extremo, respondiendo a un neopositivismo, que encuentra su punto de referencia en los estudios de Michael Foucault,<sup>21</sup> en su texto vigilar y castigar. Para el desarrollo del presente artículo, abordaremos tres ejes temáticos que conducen a los resultados del mismo. Como primer punto, la concepción del Estado constitucional y sus puntos comunes para la consolidación de sus postulados centrales. Como segundo momento, los desarrollos del constitucionalismo o neo constitucionalismo. Y finalmente, disertaremos sobre los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*.

**II. Palabras Claves:** Imputación objetiva, delitos imprudentes, estado de embriaguez del autor, ejercicio del *ius puniendi* estatal.

---

<sup>20</sup> Abogado. Egresado de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

<sup>21</sup> Foucault, Michel (1986). *Vigilar y Castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores. p. 86.

**III. Abstract:** The primary purpose of the article that is submitted to, is to perform an analysis to the theory of Causation in reckless offenses during the author intoxicated. We will take as main references dogmatic constructions from the German criminal functionalism, in terms of conceptual production of the elements of production in the setting of a commission from the view of strict liability. Throughout the text is taken as a basis for cross discussion, the determiner called reckless crimes, without occasion to the two elements of malice component we mean the cognitive and volitional of criminal elements, they can generate a conceptual connectedness and necessary in shaping the reckless crime during the author's state of drunkenness. To this end, we will develop in our article three central topics or issues. The first as a theoretical-conceptual theory of Causation as shaping their common elements approach. In a second aspect, were the setting punitive reckless criminal offenses in modern dogmatic. And finally as third, the application of the theory of Causation in reckless offenses during the author intoxicated.

**IV. Key Words:** Causation, reckless crime, drunkenness author's exercise of ius puniendi state.

## 1. Introducción

La teoría de la imputación objetiva nace en el seno de la dogmática penal alemana, especialmente para superar la teoría del casualismo penal, que tenía como criterio para determinar la responsabilidad penal estrictamente objetivos desde la comisión del acto de desvalor, es decir solo se tenía en cuenta la realización de la misma conducta punible.

La imputación objetiva<sup>22</sup> supera la llamada responsabilidad objetiva, solo se atiende la ocasión del daño de la lesión del bien jurídico tutelado, sin tener en cuenta consideraciones especiales a los elementos subjetivos del tipo, estableciendo solo un nexo de causalidad estrictamente material, entre el actor o agente que desarrolla la posible conducta criminal, y el sujeto pasivo de la conducta, configurándose en una posible víctima del injusto penal.

En este orden de ideas, la responsabilidad basada en criterios estrictamente objetivos no tiene elementos como los de la previsibilidad o no de la conducta, la realización bajo medios en los que obre un actuar o no bajo los elementos específicamente volitivos del tipo, tal como lo indica el profesor Nodier Agudelo (2007):<sup>23</sup>

*A la responsabilidad objetiva también se le conoce como “responsabilidad por el hecho”. Un sistema penal consagra un tipo de responsabilidad objetiva cuando para someter al individuo a una sanción se satisface con la comprobación de un nexo de causalidad física entre el autor y el hecho que considera dañoso, independientemente de que en ese hecho ocurran fenómenos subjetivos. El sujeto es responsable con la sola comisión material del hecho, aunque respecto de este no haya habido ni siquiera simple ligereza por parte del sujeto. En tal sistema de responsabilidad no se*

---

<sup>22</sup> “La imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra imputación pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo. En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de averiguar cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta. La expresión imputación objetiva se distingue de la expresión imputación subjetiva en referirse a algo objetivo y no subjetivo, pero no aclara al significado de lo objetivo a lo que se refiere. Siendo un concepto creado por juristas, su preciso significado depende del sentido que le demos los juristas”. (p. 8-9). En: Puig, S. M. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista electrónica de ciencia Penal y criminología. N°. 5. pp. 1-19.

<sup>23</sup> Agudelo, N. (2007). Inimputabilidad y responsabilidad penal. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 9).

*indaga por los elementos subjetivos de la acción, ni si el sujeto previo el resultado, o si este era previsible.*

Entendiendo así, la teoría de la imputación objetiva como una conceptualización más acertada de la responsabilidad penal por el desvalor de la acción<sup>24</sup>, orientada al funcionalismo jurídico penal, en la superación de aspectos estrictamente normativistas o desde la presentación de un normativismo<sup>25</sup> puro del derecho penal<sup>26</sup>. El artículo responde a ser una investigación de tipo jurídica básica, indagando sobre la dimensión de la validez del derecho, ya que nuestras confrontaciones son eminentemente normativas, aclarando que el uso del modelo argumentativo con el que se proponen los temas de debate, giran en torno al

---

<sup>24</sup> *“La imputación no puede incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, solo lo que este en el ámbito de esta decisión puede contraponerse a la norma, porque también solo en este ámbito puede influir la norma sobre el autor. Podríamos preguntarnos entonces, si este modelo, que restringe el juicio de ilícito al puro desvalor de acción, entendido como desvalor de acción, entendido como desvalor de la voluntad.”*(p. 18). En: Sancinetti, M. (1996). *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultado?* Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

<sup>25</sup> *“El carácter normativo del derecho, propende a dar respuesta a todos los problemas jurídicos desde la teoría de las normas, siendo una concepción del fenómeno jurídico nomocéntrica. Para un análisis detallado de los alcances del normativismo, observara a: Atienza, M. (2001). El sentido del derecho. Primera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España. (...) no cabe duda que donde hay derecho hay también normas, normas jurídicas. Tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio) como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (los contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias y resoluciones en general) que constituyen probablemente las tres formas principales bajo las cuales se nos presenta hoy el fenómeno del derecho son tipos de normas. Por algo el normativismo, la idea de que el derecho consiste esencialmente en normas, es, de una u otra forma, la concepción del derecho dominante entre juristas”.* (p. 59). En: Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Primera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España.

<sup>26</sup> *“Con todo, el esfuerzo del constituyente de 1991 por racionalizar el sistema de justicia penal en Colombia resultó fallido. Ello fue así por cuanto en estricto sentido no se dividieron las funciones de investigación, acusación y juzgamiento ya que, si bien la Fiscalía General de la Nación se configuró como una institución autónoma de los tribunales y los jueces, con atribuciones para investigar y acusar, ella se mantuvo como una autoridad judicial con facultades constitucionales para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, proferir medidas de aseguramiento contra personas y bienes y ordenar preclusiones con valor de cosa juzgada. Todo ello con el agravante de la inexistencia de control judicial alguno ya que si bien existían garantías como el habeas corpus y el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, su cobertura era sustancialmente limitada”.* (p. 3). En: Urbino, J. (2005). *Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública*. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.

discurso jurídico general desde la razón práctica. Para ellos problematizamos nuestro núcleo básico, el cual es: del desarrollo del Análisis a la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor. Sobre los tres ejes tópicos de operacionalización del problema respondiendo a nuestra idea central de discusión. Una aproximación teórico-conceptual a la teoría de la imputación objetiva como configuración de sus elementos comunes. La configuración punitiva de los delitos imprudentes en la dogmática penal moderna y la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez.

### **1.1. Una aproximación teórico-conceptual a la teoría de la imputación objetiva como configuración de sus elementos comunes**

Los primeros fundamentos de la teoría de la imputación objetiva remontan a la Teoría Hegeliana, según la cual un modelo de imputación se debía basar solo en las conductas que modificaban el mundo exterior desde el mismo actuar individual de la persona, es decir, de la exteriorizaciones que causaban alguna diferencia con el mundo de las ideas humanas, desde la misma conciencia o *pensamiento criminal de representación*, a una verdadera *materialización de la conducta del desvalor* punitivo en la configuración misma de la acción. Dejan a un lado factor o externalidades secundarias o tercerías en la posible comisión por parte del agente en la actividad prohibida por el Estado, perseguida y castigada desde *el ejercicio del ius puniendi*.

Frente a la concreción de la Teoría de la imputación objetiva, en sentido estrictamente jurídico, esta genera de la postulación del principio de autorresponsabilidad, para inferir un tipo de responsabilidad en la relación no de causalidad sino de los riesgos en la infracción penal frente a un actuar determinado, se considera la imputación a cada persona de su propia obra, que en términos de derecho penal positivo, el principio de autorresponsabilidad

representa inconvenientes de determinación jurídica en consideración del principio de legalidad:

*El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la formula nulla poena, nullum crimen sine legen como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y solo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamare primer postulado del positivismo jurídico: se trata más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho vigente como derecho objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que solo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes solo dicen que es delito (y no también que es pecado). (Ferrajoli, 2009, p. 374).<sup>27</sup>*

Configurándose así, en el Estado de derecho legislativo<sup>28</sup> en el ámbito de las leyes penales, que no solo guarda una especie limitada de proporcionalidad del derecho penal y del deber de reprochar las conductas que generan un desvalor en la sociedad.

En la medida del principio de legalidad de las leyes penales, el principio de autorresponsabilidad, como componente de la imputación objetiva, no cumpliría los límites competenciales frente al ejercicio del legislador penal, pues al ser considerado tal principio de autorresponsabilidad como un principio general del derecho no necesitaría concreción específica en el derecho positivo del

---

<sup>27</sup> Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

<sup>28</sup> La concepción del Estado de derecho legislativo, opero un consenso entre las luchas y disputas de clases. Lo que se desarrolló en el cumplimiento de los poderes públicos representativos del Estado, la no utilización de la fuerza extrema para la realización de sus postulados, y sin duda dejar la aplicación de penas inhumanas y degradantes basadas solo en la tortura física y psicológica.

ordenamiento jurídico, este es el sistema penal imperante para ser aplicado. La crítica insoslayable esta, cuando no se cumple los mínimos de legalidad frente a principios rectores del derecho penal, como es derecho de la no existencia del tipo penal especificado antes de la ocurrencia del delito, el Estado a través del ejercicio del *ius puniendi*, no podría penalizar ni sancionar la conducta del desvalor, por no ser un delito totalmente configurado ni tipificado. Esta teorización género, la construcción de una herramienta normativa la cual fue propuesta por uno de los más grandes teóricos del derecho penal moderno, nos referimos a Gustav Radbruch, que construyo toda una Teoría de la acción, para llevarla al derecho penal dese el concepto de valorativo de la antijuridicidad<sup>29</sup> y la culpabilidad, para determinar la noción ontológica del sistema de justicia penal en las modernas concepciones de los nuevos Estados de derecho, reforzados a través de la materialización de los derechos fundamentales, y en limite punitivo, como verdaderas medidas de contención del derecho de ultima ratio, como debe ser entendido el derecho penal en su versión posmoderna como superación al conflicto entre positivismo e iusnaturalismo<sup>30</sup>, siendo importante sin desconocer la propuesta Friedrich Hegel para la *distinción constitutiva* de la imputación objetiva:

---

<sup>29</sup> Es importante frente al punto del riesgo permitido los desarrollos del profesor Paredes Castañón (1996) al respecto: “*En lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere, es que el punto en el que las actividades peligrosas para bienes jurídico penalmente protegidos se vuelven penalmente ilícitas no aparece ya, en absoluto como evidente. Por el contrario dicho límite entre lo penalmente prohibido y lo penalmente atípico es la principal sede sistemática. Dentro de la estructura del delito en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado*”. (p. 915). En: Castañón, J. (1996). El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? Anuario de derecho penal y ciencias penales, 49 (3), pp. 909-942.

<sup>30</sup> El posible enjuiciamiento si desconocía el principio de legalidad al no existir un procedimiento prohibido desde el punto de vista criminal que los obligara a actuar en distinta forma: “*Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas. (...) los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradigan principios morales; de que toda norma jurídica, cualquiera que sea su origen y contenido, tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida, y de que la identificación de un sistema jurídico requiere formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus disposiciones*”. (Nino, 1980, pp 18-27). En: Nino, C. (1980). Introducción al análisis del derecho. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

*El principio fundamental sobre el cual se edifica la Teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que solo puede llamarse imputación, en estricto sentido a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío, de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación del mundo exterior que ha causado la modificación de mi comportamiento, por consiguiente solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, puede serme imputadas. (Reyes Alvarado, 1996, p. 49).<sup>31</sup>*

Dentro de la configuración de la Teoría de la imputación objetiva en la Teoría general del delito, esta se muestra a la vez como límites materiales a la acción en sentido de tipicidad penal, como un estatuto orientador dentro del mismo sistema de justicia penal para la vinculación exclusiva a los comportamientos imputables desde las cuestiones relativas a la atribución de un resultado penalmente reprochable. Desde esta construcción dogmática propuesta de manera más reciente que la de Hegel, se edifica la posición de Gunter Jakobs, filósofo y teórico del derecho penal alemán. La propuesta de Jakobs, se erige fundamentalmente desde unos principios básicos, del deber objetivo de cuidado, como lo son el riesgo permitido, la desviación del resultado o la acción a propio riesgo. Tomando como punto de partida de la teorización de Jakobs la propuesta correspondiente a la violación al deber objetivo de cuidado, podemos pensar que las normas penales en general, no solo han sido construidas como medios para el control social, presentando estatutos de mayor o menos reprochabilidad teniendo en cuenta los

---

<sup>31</sup> Reyes Alvarado, Yesid. (1996). *Imputación objetiva*. Segunda edición, Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

roles desempeñados en esa sociedad por el agente del desvalor de la conducta penal.

Frente a ese agente del desvalor y en los casos donde la conducta cobra un sentido amplio, como la posición de garante que despliega quien realiza la conducta objeto de sanción, podemos afirmar que desde la Teoría de la imputación objetiva, presenta un problema de la realización fáctica del riesgo jurídicamente permitido, esto es que la coherencia y la amplitud del sistema jurídico penal despliegue dispositivos normativos a realizar no solo un control social del derecho a través de sus normas, sino estructura abiertamente verificables en las fórmulas de realización o no de las conductas desaprobadas, instituyéndose una verdadera fuente de validez social de las normas jurídicas. Tomados desde la vista de Jakobs como cuestiones relevantes a comportamientos imputables:

*Los contenidos de la Teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la Teoría del delito de tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona. En este sentido, la Teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la Teoría del delito, que permite contrastar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo. Mediante la Teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de Jakobs se determina si concurre un expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del*

*portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión. (Cancio, 2001, pp. 85-86).*<sup>32</sup>

## **1.2. Configuración punitiva de los delitos imprudentes en la dogmática penal moderna**

Los delitos imprudentes<sup>33</sup> dentro de la dogmática penal moderna, hasta antes de los nuevos desarrollos del punitivismo penal en el esquema funcionalista de la teoría general del delito, relegaban los llamados delitos imprudentes a una categoría inferior de delitos hasta aproximarlos a un especie de cuasidelitos cuando los delitos dolosos estaban en la cúspide del sistema jurídico penal en su sentido estricto y general.

El fundamento histórico, del desarrollo de una teoría de los delitos imprudentes se da a cabo, con la implementación de nuevos procesos industriales y de explotación económica principalmente en la gestión del mercado y en la comercialización de bienes y servicios, frente a las empresas de manufacturas, explotación de hidrocarburos, pero puntualmente el vector principal desde el punto de vista histórico que desarrolla los delitos imprudentes, es que se denomina Fordismo, la producción masiva a gran escala de automóviles como medios de transporte personal, y en manos de los ciudadanos que tuvieran los medios para acceder a ellos.

---

<sup>32</sup> Cancio, M. (2001). Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

<sup>33</sup> *“En la aplicación del derecho en relación con los hechos imprudentes se fusionan la subsunción y la búsqueda de la ley penal apta para la subsunción. Si esta fusión de diluye teniendo en cuenta la ventaja de que por un lado solo la realización (no realización) de una acción final puede ser típica y, por el otro, que el tipo de la ley penal debe describir una conducta estructurada de esa forma, entonces algunos fenómenos que a primera vista parecen elementos del tipo, se representan desde otro aspecto; son-cum grano salís- elementos de formación del tipo”.* (p. 19). En: Schöne, W. (1996). Imprudencia, tipo y ley penal. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

En este orden de ideas, la propuesta fundamental en torno a los problemas de culpabilidad, giran por la cuestión valorativa de las fuentes principales del peligro, es decir, cuales son los rasgos y elementos comunes para observar respecto de la vista punitiva los peligros que se gestan al interior de la comisión de una conducta punible sujeto de reproche jurídico penal, en este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal a indicado:

*La conducta de operar vehículos es integral y comprende los momentos precedentes, de tal manera que los movimientos automáticos que realiza el conductor (acelerar, cambiar las velocidades, disminuir la aceleración o frenar) están dentro de la acción global de conducir, que si conjuntamente pueden valorarse como voluntarios, de allí mismo puede inferirse si fueron correctos o imprudentes. La denominada regla de la reciproca confianza rige para el desenvolvimiento de actividades peligrosas que son permitidas por ser imprescindibles en la moderna sociedad industrial, tales como el trafico automotor, porque sin ellas, se detiene el progreso, pero por elemental lógica, solo tiene derecho a esperar confiadamente el cumplimiento de los demás, aquel participe que actúa dentro de los reglamentos y no el que los viola, según los resultados de la sugerida apreciación integral del comportamiento peligroso.<sup>34</sup>*

Ocurriendo así, un aumento considerablemente cuantitativo en la comisión de delitos imprudentes con ocasión al peligro del desvalor de la acción, y que la doctrina a preparado para establecer con criterios de paridad las respuestas técnicas a nuevos modelos de criminalidad.

Sobre este influjo la dogmática penal y el desarrollo doctrinal de la teoría del delito, centran sus estudios en la comisión de los delitos dolosos, y de sus especiales

---

<sup>34</sup> M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, Sentencia Julio 21 de 1998, Referencia: Expediente 12224.

componentes subjetivos o elementos del tipo, como el volitivo y los cognoscitivos, sobre el conocimiento y la voluntad del que hacer del agente que despliega la conducta punible.

Las principales discusiones se centraron en torno al Dolo y la Culpa, como elementos integrantes de la culpabilidad penal, entendiéndolo como una cuestión eminentemente valorativa, haciendo la distinción desde la dogmática, vista en continuidad hacia la dogmática penal moderna, que la cuestión de la relación Dolo-Culpa, era mucho más que una cuestión relevante de la culpabilidad.

Toda la teoría del delito imprudente, se construye a través del injusto penal, con relación al nexo causal del resultado de la acción impudente y la culpabilidad como elementos concomitantes, pero era necesaria la configuración de un tercer elemento mucho más importante, *el deber objetivo de cuidado*, como esencial del delito del tipo de injusto del delito imprudente, como lo destaca el profesor Francisco Muñoz Conde (2005):<sup>35</sup>

*Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. Si los vehículos de A y B chocan en una curva, quedando A y B gravemente lesionados, es evidente que A y B han causado por igual dicho resultado. Pero para saber quién conducía imprudentemente y, por tanto, quien debe responder del resultado producido, no basta con establecer esta simple conexión causal sino que es preciso, además saber, quien actuaba diligentemente y quién no. Y si por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el lateral contrario por donde venía B conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un*

---

<sup>35</sup> Muñoz Conde, F. (2005). *Teoría general del delito*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. p. 54.

*delito imprudente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de comprobar ulteriormente la presencia de otros elementos de la teoría del delito, como la antijuridicidad y la culpabilidad en orden a la exigencia de una responsabilidad penal.*

### **1.3. La aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor**

El problema de la embriaguez como factor decisivo para determinar la posible comisión de una conducta penalmente reprochable, abre el debate en torno a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión precisamente al estado de embriaguez del autor o agente que estructura es desvalor o desvalor de la acción.

Con base en tales argumentos, la embriaguez desde el punto de vista de la teoría del delito frente a la acción, entendida desde la tipicidad, la antijuridicidad desde la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la ley, penal hasta configurar el elemento subjetivo en la culpabilidad para establecer las posibles causas del nexo psicológico entre el accionar es decir la puesta en marcha de la acción criminal y el actuar como querer desde el plano valorativo del sujeto activo que despliega la conducta.

El tópico de la embriaguez en tal orden argumentativo, despliega la tensión y el debate si existe responsabilidad penal o no en los delitos imprudentes como el homicidio culposo del agente que actúa en estado de embriaguez. Al plano estricto de la conciencia de la ilicitud de la conducta y de la imputabilidad de la norma y sanción punitiva.

Entendiendo como el estado de imputabilidad, aquel en donde el agente activo del desvalor de la acción penal, conoce, entiende, distingue, relaciona, y actúa en

contra de la norma prohibitiva correspondiente a la del juicio de reproche criminal. Como una capacidad de comprensión del hecho o de la conducta, es decir bajo una plana inteligencia y entendimiento de la causación de una conducta socialmente desaprobada por el ordenamiento y sistema jurídico penal.

El debate se podría solucionar de la siguiente manera, si quien casusa un efecto contrario a la norma que protege un bien jurídico tutelado, pensemos en el tipo de homicidio sea este culposo, conociendo su estado de capacidad originada con plana conciencia al iniciar la ingesta de bebidas embriagantes o alcohólicas, debe hacerse la representación de los riesgos intensamente elevados a realizar el despliegue de su conducta en una actividad altamente peligrosa pero permitida como lo es la de conducción o la de conducir un automóvil. Para lo cual nos apoyamos con la solidez del argumento del profesor Agudelo:<sup>36</sup>

*El principio general enseña que el sujeto para ser responsable debe gozar de su capacidad de comprender o de determinarse al momento del hecho; sin embargo, a veces el sujeto no tiene esa capacidad de comprender y de determinarse cuando ejecuta el hecho, pero no por una causa ajena a su voluntad: sino precisamente por su propia voluntad se ha colocado en la incapacidad de comprender o de determinarse. A mi manera de ver, lo expresado por la frase latina es que cuando el sujeto era imputable, esto es, libre pone o crea la causa; como dice Kohlrausch, en estos casos hay una acción no libre in acto, pero libre in causa.*

---

<sup>36</sup> Agudelo, Nodier. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. pp. 135-136.

## 2. Conclusión

Como conclusión central, podemos indicar que los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*, desde la teoría de los principios enmarcada dentro del Estado constitucional contemporáneo, posiciona el reconocimiento de las garantías básicas materiales en el establecimiento de medidas de protección frente a los derechos constitucionales de superior jerarquía.

El ejercicio desmedido del derecho a castigar del Estado, no puede excederse en sus límites competenciales de la concreción. Podemos indagar como conclusiones centrales del presente documento las siguientes:

La moderna teoría de la imputación objetiva desde la dogmática penal en sentido general, posibilita extender el nexo de causalidad del agente que despliega una posible comisión de una conducta criminal, en pro de establecer la responsabilidad desde un jurídico de reproche valorado y acorde a las exigencias del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Frente a la teoría del riesgo y del desvalor de la acción que despliega el agente de la conducta, el riesgo permitido se eleva de manera considerara en los llamados delitos imprudentes, esto es que no solamente la conducta ha sido libre y dejada al azar, sino que comprendiendo la ilicitud de la conducta penal, no se toman las medidas necesarias tendientes a hacer la contención, para que bienes jurídicos tutelados de tan importante jerarquía, como la vida, sean lesionados, puestos en peligro o vulnerados.

Finalmente, frente a los delitos imprudentes y en la formación típica como resultado del estado de embriaguez del agente, desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, el desvalor de la acción frente a una responsabilidad del accionante, cobra una especial importancia, y esta está en

cuanto, los desarrollos del nexo de causalidad frente a la acción, típica, antijurídica y culpable, como causa voluntaria del riesgo y de la puesta en peligro de bienes tutelados y protegidos por el derecho penal. Posibilitan la no elección libre frente a un azar voluntario, ya que si el agente de la conducta ingiere bebidas alcohólicas, y embriagantes frente al desarrollo de una actividad penal y socialmente permitida como la de conducción, debe representar las posibles consecuencias de la violación a su deber objetivo de cuidado con la puesta en marcha de una acción imprudente que cause la posterior infracción al injusto punible.

### 3. Bibliografía

Agudelo, N. (2007). Inimputabilidad y responsabilidad penal. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 9).

Agudelo, Nodier. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. pp. 135-136.

Atienza, M. (2001). El sentido del derecho. Primera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España.

Cancio, M. (2001). Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

Castañón, J. (1996). El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? Anuario de derecho penal y ciencias penales, 49 (3), pp. 909-942.

Ferrajoli, L. (2009). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

Foucault, Michel (1986). *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores. p. 86.

Muñoz Conde, F. (2005). *Teoría general del delito*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. p. 54.

Nino, C. (1980). Introducción al análisis del derecho. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Puig, S. M. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista electrónica de ciencia Penal y criminología. N°. 5. pp. 1-19.

Reyes Alvarado, Yesid. (1996). Imputación objetiva. Segunda edición, Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Sancinetti, M. (1996). ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultado? Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

Schöne, W. (1996). Imprudencia, tipo y ley penal. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

Urbino. J. (2005). Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.

## **Parte II: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL**

## “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, COMO CRITERIO PARA CONTROLAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES Y DE LAS PENAS, EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO”

**Por:** Belkys Stella Rey Jiménez<sup>37</sup>

**I. Resumen:** El documento que se presenta al lector, pretende establecer una aproximación conceptual al principio de proporcionalidad como criterio para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas en el sistema jurídico colombiano. Si bien el principio de proporcionalidad nace de la teoría general del derecho constitucional, como un dispositivo de objetividad, para ponderar o equilibrar bienes jurídicos, sean estos individuales o colectivos. Su fundamento se consolida más, en llamados Estados constitucionales de derecho democrático, donde las normas *ius* fundamentales se establecen como verdaderos límites al ejercicio de los derechos más aun, en el ámbito del derecho a castigar o derecho punitivo del Estado. Frente a esta disputa se establece una confrontación dialéctica entre el despliegue de las garantías materiales a los derechos constitucionales de primer orden, y la actividad y desarrollo del *ius puniendi* estatal. Aquí, se presentara una vista reflexiva de tal modelo de proporcionalidad en el sistema jurídico colombiano. Para tal fin expondremos tres sub-temas principales que engloban toda nuestra propuesta teórica: (1). El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto frente a la realización de las sanciones penales como medio de control social. (2). La razonabilidad de las leyes penales como criterio argumentativo en la construcción de la proporcionalidad a partir del concepto de derecho fundamentales. (3). El control de constitucionalidad de las leyes penales sobre el entendido del principio de proporcionalidad con ocasión de la ley 906 de 2004 en el modelo de justicia penal colombiana.

---

<sup>37</sup> Abogada. Egresada de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

**II. Palabras Claves:** Principio de proporcionalidad, Ley Penal, Derechos fundamentales, *ius puniendi*.

**III. Abstract:** The document presented to the reader, aims to establish a conceptual approach to the principle of proportionality as a criterion to control the constitutionality of criminal offenses and penalties in the Colombian legal system. While the principle of proportionality arises from the general theory of constitutional law, as a device of objectivity to weigh or balance legal interests, be they individual or collective. Its foundation consolidates in democratic states called constitutional law, where rules are established as fundamentals *ius real* limits to the exercise of rights even more, in the scope of the right to punish or punitive law of the State. Given this dispute a dialectical confrontation between the deployment of materials to the constitutional rights of first order guarantees, and the activity and development of the *ius puniendi* state is established. Here, a reflective view of such a model of proportionality in the Colombian legal system is presented. To this end we will discuss three sub-themes that encompass our entire major theoretical proposal: (1). the sub-principle of proportionality in the strict sense against the conduct of criminal sanctions as a means of social control. (2). the reasonableness of the criminal laws as argumentative approach in the construction of proportionality based on the concept of fundamental law. (3). the control of constitutionality of criminal laws on the understanding of the principle of proportionality on the occasion of the law 906 of 2004 in the Colombian criminal justice model.

**IV. Key Words:** Principle of proportionality, criminal law, fundamental rights, the right to punish.

## 1. Introducción

El principio de proporcionalidad<sup>38</sup> opera dentro del sistema jurídico colombiano, como una fuente de equilibrio entre las reglas de inferior jerarquía, entendidas como las leyes en su expresión general, y las reglas de superior jerarquía, como las normas y disposiciones de derechos fundamentales, sean constitucionales o sociales.

Dentro del sistema jurídico penal se ejerce un medio de control de dichos postulados por ser considerado el derecho criminal como la última ratio del Estado de derecho. La proporcionalidad se predicara de la adecuada valoración entre los derechos constitucionales de mayor jerarquía en la aplicación de los tipos penales como normas prohibitivas que condicionan el actuar humano.

Desde la concepción moderna del derecho penal, este no solo se establece como medio de control social, en los órdenes punitivos concretos, es decir, solo se instaura como medida restrictiva de las libertades públicas y los derechos fundamentales. Desde la dogmática penal alemana, y con el desarrollo de los tribunales federales, nos referimos al constitucional (T.F.C.A) y al tribunal federal penal alemán (T.F.P.A).

La práctica de las decisiones y del derecho tradicional germano, introduce la conexidad teórica y conceptual del principio de proporcionalidad proveniente de la

---

<sup>38</sup> Es importante destacar la posición de Lopera (2005) al respecto de la transcendencia del principio de proporcionalidad en los modernos sistemas jurídicos: *“La vinculación del Legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en seña de identidad de los estados constitucionales democráticos. Posiblemente sería un diseño institucional sin fisuras, destinado a consumar la secular aspiración de someter la política al derecho, si no fuese por la falta de objetividad que aqueja la interpretación de los derechos fundamentales, la que a su vez torna incierto el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Legislador democrático. En este contexto se sitúa la reflexión sobre el principio de proporcionalidad, instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del Legislador”*.(pp. 381-382).

justicia y la jurisdicción constitucional, y las leyes penales como límites de su propio campo de acción. Límites no solo formales al ejercicio dogmático del derecho penal, sino límites materiales al despliegue orgánico del derecho procedimental penal.

El desarrollo final del principio de proporcionalidad en las leyes penales<sup>39</sup>, se posiciona en nuestro ámbito de acción, propio a un Estado colombiano social de derecho, donde los postulados de justicia material, son reivindicatorios de las mismas luchas de los derechos fundamentales del administrado u asociado, frente a una posible comisión delictiva, con ocasión a una posible imputación u acusación de la justicia penal colombiana desde la modernización<sup>40</sup> del derecho penal:

*Desde 1981 hasta 1995 el Tribunal Constitucional aplicó el principio de proporcionalidad en algunas sentencias. Sin embargo, no lo hizo de manera sistemática. En estas primeras sentencias, el Tribunal definió este principio como un «criterio», «factor», «regla o «examen» para la aplicación de los derechos fundamentales. No obstante, durante esta época el Tribunal aplicó*

---

<sup>39</sup> “El juicio constitucional de proporcionalidad constituye el criterio estructural para la concreción de los derechos fundamentales que puede otorgar una mayor protección constitucional a los principios y límites al *ius puniendi*. El Tribunal Constitucional tiene como cometido establecer qué principios y límites penales se pueden incorporar a las disposiciones o normas de derecho fundamental y, de esta manera, configurar un sistema de precedentes en el control constitucional de las leyes penales. No obstante, la inherente irracionalidad que contienen cualquier test de constitucionalidad y, por tanto, también el de proporcionalidad, puede mitigarse a través de la incorporación de algunas reglas o reformas fundamentadas en la legitimación democrática y, en especial, la discursiva”. (Fernández, 2010, p. 51).

<sup>40</sup> “Hoy en día, en el contexto de la discusión sobre el llamado moderno «Derecho penal de la sociedad del riesgo», no es difícil encontrar afirmaciones del siguiente tenor: «Se ponen de manifiesto las deficiencias estructurales del Derecho penal liberal o clásico para hacer frente a la evolución social. Instituciones fundamentales de la teoría del delito de corte garantista resultan ineficaces o no soportan la crítica que pone de manifiesto sus funciones ideológicas al servicio de "viejos" intereses "la causalidad, la determinación individualizada de la autoría en una persona física concreta, etc., son conceptos que pudieron servir a la sociedad tradicional, pero que ya en la actualidad son difíciles de compaginar con las visiones sociales. En la sociedad de inicios del siglo xxi no es posible funcionar con un Derecho penal anclado en el Estado liberal y la sociedad industrial» (Mendoza, 1999, pp. 279-280).

*casi sin excepción la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales. Un factor que contribuyó a la pronta recepción de esta teoría de origen alemán, fue el hecho de que el artículo 53.1 CE incluyó una cláusula similar a la del artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana en la cual, el concepto de contenido esencial juega el papel determinante como límite de los límites de los derechos fundamentales.*<sup>41</sup>

Con base en lo anterior estructuramos la siguiente pregunta problema: ¿es válido llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes penales sobre el entendido del principio de proporcionalidad con ocasión de la ley 906 de 2004 en el modelo de justicia penal colombiana? Para esto establecemos, tres componentes operacionales de nuestro proyecto de investigación: (i). determinar la validez del control de constitucionalidad de las leyes penales sobre el entendido del principio de proporcionalidad con ocasión a la ley 906 de 2004 en el modelo de justicia penal colombiana. (ii). Analizaremos como opera el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto frente a la realización de las sanciones penales como medios de control social. (iii). Indagaremos la razonabilidad de las leyes penales como criterio argumentativo en la construcción de la proporcionalidad a partir del concepto de derechos fundamentales.

Respondiendo así, el principio de proporcionalidad aplicado a las leyes penales opera como control al desborde de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, en este caso el control de constitucionalidad ejercido por el juez principal, la Corte Constitucional colombiana, es determinante en el establecimiento de un verdadero equilibrio predicado por el principio *in examine*, frente a las sanciones penales. Bajo esta línea argumentativa, la pertinencia y viabilidad de esta propuesta se refleja, en establecer la construcción de

---

<sup>41</sup> Bernal, C. (2007). *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?* En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30. pp. 273-291.

herramientas teóricas que enriquezcan el debate jurídico, concretamente en el esquema o referente teórico que apoya la investigación, a la hora de poder determinar la necesidad de un principio de proporcionalidad como medio de control de constitucionalidad de las leyes penales en el ordenamiento jurídico penal colombiano. Respondiendo así, el artículo a ser una investigación de tipo jurídica en estricto sentido, indagando la validez normativa frente al principio de proporcionalidad y las leyes penales como control de constitucionalidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, nuestros métodos responden al bibliográfico, hermenéutico de corte cualitativo.

### **1.1. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto frente a la realización de las sanciones penales como medio de control social**

Ya mencionábamos líneas atrás, que el principio de proporcionalidad nace de los desarrollos de los tribunales o cortes constitucionales europeos, más puntualmente del papel en la justicia y el derecho de nuestros días integrado por el tribunal constitucional federal alemán. Sobre este principio desde el punto de vista teórico es visto como el modelo de *ponderación en el derecho*, conocido también como juicio de ponderación<sup>42</sup> constitucional, pero que desde la práctica judicial específica, la ponderación se desarrolló a través de tres sub-principios el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto que es el tercer sub-principio de proporcionalidad en los modelos ponderativos de adjudicación y práctica del derecho:

---

<sup>42</sup> “En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas”. (Alexy, 2009, p. 8).

*Una vez acreditada la idoneidad y necesidad de la medida legislativa, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este último consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios ius fundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos. Acogiendo la formulación del juicio de ponderación propuesta por Robert Alexy, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios en juego es preciso atender a tres variables: en primer término, el grado de afectación/satisfacción que para ellos se deriva de la medida enjuiciada (normas de prohibición y sanción penal); en segundo lugar, su peso abstracto, esto es, la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; finalmente, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención.<sup>43</sup>*

Que desde el punto de vista penal, la proporcionalidad va a propender por el establecimiento de unos mínimos y máximos punitivos a la hora del establecimiento de las conductas orígenes de enjuiciamiento criminal. El derecho a castigar se reduce entendido por el límite de los derechos fundamentales al *ius puniendi* de la administración, y el poder central se reduce a una concreción fáctica y jurídica de los intereses superiores del Estado, como los principios fundantes del Estado social de derecho colombiano. Desde el objeto de nuestro

---

<sup>43</sup> Lopera, G. (2005). *El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo*. En: Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, pp. 381-410.

estudio es necesario a la luz del principio de proporcionalidad entender la problematización si resulta válido llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes penales sobre el entendido del principio de proporcionalidad con ocasión de la ley 906 de 2004 en el modelo de justicia penal colombiana, como resultado de una verdadera ponderación material apoyada desde el constitucionalismo y el derecho a castigar del Estado colombiano frente a una verdadera ponderación de valores y bienes jurídicos que operarían en el tercer sub-principio de proporcionalidad:

*La ponderación es objeto del tercer sub principio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este sub principio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.<sup>44</sup>*

---

<sup>44</sup> Alexy, R. (2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 11, enero-junio, pp. 3-14.

## 1.2. La razonabilidad de las leyes penales como criterio argumentativo en la construcción de la proporcionalidad a partir del concepto de derechos fundamentales

La razonabilidad como criterio corresponde a establecer los límites del discurso<sup>45</sup> práctico general, para una argumentación estable que construya la proporcionalidad de las leyes penales a partir del concepto de derechos fundamentales.

Como establecimiento de garantías<sup>46</sup> para esos derechos fundamentales de primer orden estableciendo un tipo de rigidez no solo constitucional sino también de las normas penales. Ya que usualmente las normas penales en general, desde el punto de vista de la interpretación y de la hermenéutica jurídica, se desarrollaban en los planes materiales concretos a través del modelo subsuntivo del derecho que se presentan generalmente conflictos normativos denominados

---

<sup>45</sup> “La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica La tesis principal de todas las teorías procedimentales de la corrección es que la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento. Es una propiedad esencial de la teoría del discurso que este procedimiento no sea un procedimiento de decisión o negociación, sino un procedimiento de argumentación. El procedimiento del discurso puede definirse mediante un sistema de reglas discursivas que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional 18. Una parte de esas reglas formula exigencias generales de racionalidad, válidas también con independencia de la teoría del discurso”. (Alexy, 2009, p.72).

<sup>46</sup> “La rigidez de las normas constitucionales impone al legislador ordinario dos clases de garantías constitucionales, conectadas entre sí como las caras de una misma medalla y correspondientes a la doble naturaleza, de aspecto negativo y de aspecto positivo, que —como se ha dicho— revisten, en particular, los derechos fundamentales con ellas establecidos: por un lado, las garantías negativas, consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las garantías positivas, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas. Las garantías constitucionales negativas, es decir, las consistentes en prohibiciones, son las de la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario, al cual impiden la producción de normas reñidas con ella. Aún más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o —peor— ignoradas por la doctrina, a pesar de que son indispensables, en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquéllas consisten en la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados”. (Ferrajoli, 2006, p. 25-28).

antinomias<sup>47</sup>, que es mismo modelo del silogismo penal donde los tipos penales encuadran fielmente, podemos indicar aquí un ejemplo de bastante concurrencia: El que matare a otro incurrirá en prisión de 40 a 60 años. Como premisa mayor tenemos que Juan mató a Pedro. Como premisa menor, presentamos que Juan es sujeto de una medida estatal de prisión por haber violado la ley penal. Y como conclusión del silogismo: Juan tendrá como pena principal 45 años de detención intramuros.

El criterio de razonabilidad de las leyes penales es mucho más amplio frente a los límites competenciales que el principio de proporcionalidad que se despliega del ámbito constitucional al ámbito sancionador del Estado frente a las conductas de enjuiciamiento punitivo.

Desde sus orígenes son totalmente distintos pues el de proporcionalidad como ya lo mencionábamos presenta sus rasgos primarios en la cultura del derecho continental europeo de tradición romano germánico, donde la influencia del Estado de derecho legislativo va a hacer mucho mayor, por la influencia del derecho de tradición positivista decimonónico o del siglo XIX.

---

<sup>47</sup> “Suele decirse que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente. Por ejemplo, una norma prohíbe lo que otra manda, o permite no hacer lo que otra ordena, etc.; desde la perspectiva del destinatario del Derecho, el caso es que no puede cumplir al mismo tiempo lo establecido en dos normas: si cumple la obligación vulnera una prohibición, si ejerce un derecho o un permiso incurre en un ilícito. Las antinomias son muy frecuentes en cualquier Derecho, y es comprensible que así suceda, pues si bien solemos operar con la ficción de la coherencia del orden jurídico, como si éste tuviera su origen en un sujeto único y omnisciente - ficción seguramente conectada a la de la personificación del Estado - lo cierto es que ese conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas”. (Prieto Sanchis, 2002, p. 97).

Mientras que el principio o criterio de razonabilidad se desarrolla en el ámbito del derecho anglosajón norteamericano que es un derecho con prelación a la creación judicial como regla de racionalidad<sup>48</sup>. Que aplicado al modelo de justicia penal, busca limitar la acción en la excesiva discrecionalidad del operador de justicia cuando en casos de la individualización de la conducta no exista un precedente legislativo concreto, y este (el juez) deba crear la norma válida según su criterio y experticia profesional:

*Una buena demostración de que razonabilidad y proporcionalidad no son lo mismo, aunque se relacionan, se da en aquellos casos en que el acto de un poder público infringe de manera abierta y grosera la igualdad o el debido proceso. Ejemplo de ello sería una medida rotundamente discriminatoria en razón de raza, de edad o de sexo, o que infringiese de manera evidente reglas básicas del debido proceso, como la imparcialidad del juzgador o el derecho a ser escuchado. En tales supuestos parece no ser necesario efectuar ningún tipo de test destinado a determinar si la medida es o no la más adecuada, sino que bastaría la mera constatación de la no razonabilidad de la actuación pública. En todo caso, ello no implica que el control de razonabilidad suponga siempre sólo una constatación, pues, como lo demuestra la jurisprudencia constitucional que se examinará más adelante, hay supuestos en*

---

<sup>48</sup> “En lo que concierne a las agencias ejecutivas, la regla de racionalidad requiere –entre muchas otras cuestiones, claro está– que las instancias encargadas de diseñar la política criminal estatal pergeñen estrategias político-criminales que definan objetivos expresos e instrumenten medios idóneos para alcanzarlos, y que lo hagan en el marco de un programa global, abarcador, de largo alcance. Sólo así el Estado sienta las bases de una intervención que, a través de la posibilidad de contralor por parte de todas las estructuras genuinamente interesadas en el adecuado ejercicio del poder penal, podrá aspirar a razonables cuotas de racionalidad. Es indudable que, en tal cometido, dichas instancias deben consultar la realidad social, política, cultural y económica de determinada comunidad -o sea, las aproximaciones empíricas a la realidad del delito, del delincuente y de la sociedad-, a la vez que abreviar en las enseñanzas de la política criminal entendida como disciplina académica que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal”. (Arocena, 2008, p. 4).

*que aquello no basta, y en los que el juzgador debe analizar, interpretar, sopesar.*<sup>49</sup>

### **1.3. El control de constitucionalidad de las leyes penales sobre el entendido del principio de proporcionalidad con ocasión de la ley 906 de 2004 en el modelo de justicia penal colombiana**

El control de constitucionalidad de las leyes penales<sup>50</sup>, demuestra ya en esta tercera parte del documento que es indispensable su desarrollo en los modernos sistemas jurídicos contemporáneos, ya que estos establecen, principalmente un modelo reglado de derecho, aquí sobre la base del principio de legalidad, un modelo con preponderancia hacia los principios constitucionales, como los principios de razonabilidad y proporcionalidad que nutren de la axiología propia de las disposiciones *ius* fundamentales a todo el ordenamiento jurídico, y como tercer elemento integrante para una verdadera consolidación del Estado constitucional colombiano en la ley 906 de 2004, técnicas de garantía y procedimientos materiales para hacer valer y respetar los derechos como función reductora del derecho penal.

En este orden de ideas, los procesos de racionalización del derecho penal en Colombia ha sufrido desde los inicios de la Constitución de 1991 múltiples cambios tanto estructurales como formales en su sentido general, la verdadera

---

<sup>49</sup> Martínez, J. & Zúñiga, F. (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Revista Estudios constitucionales, N°. 9. Vol. (1). pp.199-226.

<sup>50</sup> “En el centro de esta idea subyace el sentido del control de constitucionalidad que también evolucionó de su forma política (control político) a su expresión judicial (control judicial) y que se ejerce sobre todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos que de modo más visible sirven para expresar legalidad: las leyes. Se avanza entonces en el despliegue y fortalecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos, entre ellos, aquellos actos emanados del poder legislativo cuando actúa como legislador. De este modo se arbitran y afinan mejores medios de control judicial de constitucionalidad de las leyes, para que cualquier ley que contradiga la Constitución pueda ser declarada nula por vía judicial”. (Rosales, 2006, p. 432).

opción de cambio de este nuevo derecho penal va a estar dada por la forma en los jueces cumplen su rol principal de administrar justicia en función del cumplimiento del Estado constitucional y social de derecho colombiano, preservando la garantía de los derechos inalienables del ser humano:

*Con todo, el esfuerzo del constituyente de 1991 por racionalizar el sistema de justicia penal en Colombia resultó fallido. Ello fue así por cuanto en estricto sentido no se dividieron las funciones de investigación, acusación y juzgamiento ya que, si bien la Fiscalía General de la Nación se configuró como una institución autónoma de los tribunales y los jueces, con atribuciones para investigar y acusar, ella se mantuvo como una autoridad judicial con facultades constitucionales para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, proferir medidas de aseguramiento contra personas y bienes y ordenar preclusiones con valor de cosa juzgada. Todo ello con el agravante de la inexistencia de control judicial alguno ya que si bien existían garantías como el habeas corpus y el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, su cobertura era sustancialmente limitada.<sup>51</sup>*

## 2. Conclusión

Como gran conclusión del presente artículo presentamos: que en el modelo de justicia penal colombiano, es necesario la observancia plena de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad que tienen su flujo principal de la justicia constitucional, llegando a establecer en el derecho a castigar como ius puniendi estatal, una constitucionalización de la jurisdicción penal en Colombia. Y como

---

<sup>51</sup> Urbino. J. (2005). *Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública*. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.

límite para ello, se erigen los derechos fundamentales como medidas proporcionales para la aplicación de las leyes penales en Colombia. Finalmente, el derecho penal debe ser visto siempre como derecho de *última ratio*, y derecho de reducción mayor del control social que ejerce directamente un tipo penal frente a la sociedad y al ciudadano. Lo determinante va estar en la consolidación de garantías materiales a los derechos fundamentales, que preserven la prevalencia de los derechos de los asociados sobre el fuerte derecho de punibilidad del Estado colombiano.

### 3. Bibliografía

Alexy, R. (2009). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 11, enero-junio, pp. 3-14.

Bernal, C. (2007). *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?* En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30. pp. 273-291.

Lopera, G. (2005). *El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo*. En: Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, pp. 381-410.

Martínez, J. & Zúñiga, F. (2011). *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Revista Estudios constitucionales, N<sup>o</sup>. 9. Vol. (1). pp.199-226.

Urbino. J. (2005). *Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública*. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.



## “TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y ESTADO CONSTITUCIONAL, EN VIRTUD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI”

**Por:** Rosa María Villarreal Echenique<sup>52</sup>

**I. Resumen:** El artículo que a continuación se relaciona, tiene por finalidad principal, la de establecer un estudio de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*, especialmente al análisis del principio de proporcionalidad en la ley penal. Los derechos fundamentales en la moderna dogmática penal se instauran como verdaderos límites materiales al uso desmedido de la fuerza punitiva del Estado y del derecho a castigar. Ya que el castigo, entendido contemporáneamente como el posterior juicio de reproche con la ulterior sanción o pena, establece desde el establecimiento del Estado constitucional democrático de derechos, nuevas orientaciones teóricas, que sirven de herramientas no solo conceptuales, sino para la construcción efectiva de una verdadera práctica del derecho penal más allá de las consagraciones criminológicas de sanción y castigo extremo, respondiendo a un neopositivismo, que encuentra su punto de referencia en los estudios de Michael Foucault,<sup>53</sup> en su texto vigilar y castigar. Para el desarrollo del presente artículo, abordaremos tres ejes temáticos que conducen a los resultados del mismo. Como primer punto, la concepción del Estado constitucional y sus puntos comunes para la consolidación de sus postulados centrales. Como segundo momento, los desarrollos del constitucionalismo o neo constitucionalismo. Y finalmente, disertaremos sobre los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*.

---

<sup>52</sup> Abogada. Egresada de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

<sup>53</sup> Foucault, Michel (1986). *Vigilar y Castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores. p. 86.

**II. Palabras Claves:** Estado constitucional, *ius puniendi*, Derechos Fundamentales, Principio de Proporcionalidad, Leyes penales.

**III. Abstract:** The article below is related, has the main purpose to establish a study of fundamental rights such as limits on the exercise of the right to punish, especially the analysis of the proportionality principle in criminal law. Fundamental rights in modern criminal dogma are established as true material limits the excessive use of the punitive power of the State and the right to punish. As punishment, he understood simultaneously as the subsequent trial of reproach to the further sanction or penalty, established since the establishment of the democratic constitutional state of law, new theoretical guidelines, which serve not only conceptual, but for the effective construction of a vegetables practice of criminal law beyond the criminological consecrations of sanction and extreme punishment, responding to a positivism, which finds its reference point in studies of Michel Foucault, in his text monitor and punish. For the development of this article, we will discuss three themes that lead to results. As a first point, the concept of the constitutional state and its common points for the consolidation of its central tenets. As a second step, the development of constitutionalism and neo constitutionalism. And finally, we talk about the fundamental rights such as limits on the exercise of the right to punish.

**IV. Key Words:** Constitutional state, the right to punish, Fundamental Rights, the proportionality principle, criminal laws.

## 1. Introducción

Los derechos fundamentales como límites del ejercicio del *ius puniendi* estatal ponen de presente, la problemática actual de la actividad jurisdiccional en desarrollo de los postulados penales. Desde una visión moderna, los derechos

fundamentales trascienden de la clásica postura de libertades públicas establecidas en la Francia republicana y pos revolucionaria, donde el establecimiento de los mínimos básicos del cumplimiento en el principio de legalidad, como establecimiento del Estado liberal de derecho, con implicaciones generales, llevaron al establecimiento de los derechos individuales y las libertades públicas.

En este sentido, los desarrollos del derecho constitucional y penal en Alemania, luego de la segunda guerra mundial, y de las reflexiones teóricas que surgieron, como la de los pensadores Gustav Radbruch<sup>54</sup>, entendida como la fórmula de la injusticia extrema no puede ser considerada derecho, entrando fuertemente a rebatir todo el derecho, consagrado en términos de estricto positivismo jurídico, que en el derecho penal, regía el principio de legalidad de las leyes penales<sup>55</sup> y el principio de la ley en el ejercicio del *ius puniendi*, como límite desmedido de la fuerza desmedida que desde el derecho se realizó en contra de la misma humanidad.

Bajo esta línea argumentativa, los derechos fundamentales como las normas jurídicas más importantes de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, presentan nuevas herramientas no solo en la construcción dogmática del derecho

---

<sup>54</sup> Radbruch, Gustav que construyó toda una *Teoría de la punibilidad reforzada*, para llevarla al derecho penal desde el concepto de valorativo de la antijuridicidad y la culpabilidad, para determinar la noción ontológica del sistema de justicia penal en las modernas concepciones de los nuevos Estados de derecho, reforzados a través de la materialización de los derechos fundamentales, y en límite punitivo, como verdaderas medidas de contención del derecho de ultima ratio.

<sup>55</sup> "El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y solo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamare primer postulado del positivismo jurídico: se trata más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho vigente como derecho objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que solo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes solo dicen que es delito (y no también que es pecado)". Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 34. pp. 15-53.

penal moderno, sino desde la consolidación en la misma practica jurisdiccional penal.

En este orden de ideas, el principio de proporcionalidad nace desde el mismo ejercicio de los derechos fundamentales como consolidación del Estado constitucional contemporáneo, y aquí, el derecho penal deja de ser un derecho penal para el control social, para convertirse en un derecho penal para la validación social de las normas jurídico penales.

Nuestra investigación, responde a un esquema metodológico, desde la noción de investigación jurídica, el enfoque que desarrollaremos para el estudio de los límites del ejercicio del *ius puniendi* desde la teoría de los derechos fundamentales, es precisamente el cualitativo, como estudio propio de las ciencias sociales en el saber disciplinar del derecho.

Nuestro estudio, es aproximativo desde el principio de proporcionalidad de las leyes penales, y su criterio de medida idónea frente a conflictos con derechos fundamentales. Abordaremos desde la dimensión de la validez derecho, una sub-dimensión de la misma, la cual es la validez social del derecho, entrando a contrastar, si los límites que establece el moderno derecho penal, superar el paradigma restrictivo y coercitivo del derecho penal como medio de control social, o si realmente proponen la vista del derecho penal contemporáneo como medio para la validez o validación social de las misma normas del derecho a castigar.

### **1.1. Concepción del Estado constitucional en el constitucionalismo moderno**

El constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional, presupone la superación de la teoría política que establece al Estado constitucional como una forma de Estado. Cuya exigencia se basa en la supremacía del principio

democrático y por el respeto de los poderes públicos a los límites materiales de los derechos fundamentales consagrados en la misma Constitución. Pero que desde el punto de vista participativo de todos los destinatarios de las disposiciones y normas de la Carta fundamental, se fundamenta en la responsabilidad del Estado en el respeto, en el cumplimiento de garantías y principios que se enmarcan en la idea de lo divergente, en un pluralismo, que posiciona los principios de igualdad y libertad, y de cómo el derecho en el escenario constitucional está constantemente abierto al cambio social y a la lectura de la realidad cotidiana, que podemos presentar como el postulado de la igualdad de las diferencias. Precisamente se soporta, en aceptar que no todos pensamos iguales, que somos diferentes desde el mismo sentido humano elemental, pero que así como cambia y se transforma la sociedad, hacia nuevos fenómenos y cambios culturales, el hombre como ser social en su máxima expresión construye nuevos escenarios y nuevos contextos en su actuar.

*“Esa transformación traduce en reconocimiento de derechos de participación y de igualdad. La armonización de todos esos derechos de las exigencias normativas derivadas de esos ideales no es algo que surja inmediatamente; su funcionamiento requiere de teorías de la Constitución”.*<sup>56</sup> Lo especial del Estado constitucional, es precisamente que entra a mediar sobre las diferencias de unos y otros y encontrar puntos de equilibrios y de medidas de participación democrática, respetuosas de los principios superiores sobre los cuales se fundamenta su propia existencia, en el establecimiento de futuras constituciones o cuerpos de derechos abiertos a una interpretación permanente de los derechos fundamentales como la fuente principal del Estado constitucional como teoría y práctica del constitucionalismo.

---

<sup>56</sup> Aguiló, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En: Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 30, pp. 665-675.

En este orden, el Estado constitucional establece no solo una Constitución normativa o en sentido normativo, que pueda ser vista como la fuerza jurídica a la más elevada expresión del texto constitucional, de la juridificación de las expresiones meramente formales del poder público, y de sus distintas ramas (ejecutiva, legislativa y judicial) a la apertura al contexto constitucional, entendido como el escenario donde gestan los acuerdos y desacuerdos del derecho constitucional fundamental de nuestros días. Siguiendo, a Remedio Sánchez<sup>57</sup> (1993) sobre el concepto de Estado constitucional:

*El Estado constitucional no es, pues, una forma de Estado tan solo. Las formas del Estado, como las de gobierno, se contienen en la Constitución, como se verá; representan una opción por la que se decide el poder constituyente que, lógicamente, comporta efectos en la propia vida del Estado concreto. El Estado constitucional es el Estado en sí, el Estado como ordenamiento jurídico que no solo rige la comunidad política sino que la “constituye”. De ello se derivan, obviamente, una serie de consecuencias sin las cuales la idea del Estado constitucional se deteriora y acaba por construir una ficción. (p. 230).*

En este entendido, lo trascendental del establecimiento del constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional, es la maleabilidad del derecho público fundamental, frente al ejercicio de la cultura jurídica y de la política sustentada y soportada desde el texto mismo de la Constitución. Proponiendo una cabida de cambio y evolución constante, que supera los mecanismos tradicionales de reforma a la Constitución, pues su debate no se centra exclusivamente en discusiones jurídico-políticas, sino en empoderar en verdaderas herramientas de

---

<sup>57</sup> Sánchez Ferriz, Remedio. “El Estado Constitucional y Su sistema de Fuentes”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2002. 485 págs. En particular los capítulos 6 y 7 titulados: “La Constitución del Estado” p.p. 269-314, y “El Constitucionalismo: Sus Fases generales y el caso Español”, p.p. 315-343.

interpretación y construcción constitucional a partir de la misma actividad judicial, no solo en la judiciabilidad de los derechos fundamentales sino en la preponderancia de sus garantías de protección entregadas al mismo ciudadano o destinatario de los derechos constitucionales de primer orden. *“Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas (...) —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a permanecer en el papel.”*<sup>58</sup>

La superación por un modelo fuerte de protección de los derechos fundamentales, desde el establecimiento de las garantías de los derechos, pone de presente en el Estado constitucional, un paso hacia adelante del denominado Estado social de derecho, que en la vista colombiana, parece apenas a llegar a una etapa de juventud, según muestra el desarrollo de la Constitución Nacional de Colombia de 1991. *“La aplicación de la Constitución de 1991, y al jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha conducido a la constitucionalización de las diversas ramas del derecho. Las reglas, valores y principios constitucionales han irradiado todo el ordenamiento jurídico colombiano”.*<sup>59</sup>

En el desarrollo de un verdadero Estado constitucional de derecho, las disposiciones *ius* fundamentales han cobrado un papel preponderante en la determinación de esta forma de entender todo el sistema jurídico, y la importancia radica, no solo en la extensa consagración de los derechos en los catálogos normativos de la Constitución, sino como, el juez a través de las herramientas de la interpretación y argumentación jurídica construye escenarios para una real y concreta interpretación y argumentación *ius* fundamental principialista, en el

---

<sup>58</sup> Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 34. pp. 15-53.

<sup>59</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007, p.243.

escenario judicial de los derechos en serio, haciendo alusión a Dworkin<sup>60</sup> con el título del texto que abriría el debate contemporáneo sobre la idea misma del derecho y del derecho de raigambre constitucional.

De conformidad a lo anterior, entendiendo que el Estado constitucional dentro de la teoría del constitucionalismo, nuevo constitucionalismo o más popularmente conocido como neo constitucionalismo, si bien su papel protagónico esta una teoría jurídica del Estado constitucional, no renuncia en sentar las bases de su teoría política, esta es, en determinar los cimientos para el establecimiento de la democracia constitucional en el ejercicio dinámico y medido (controlado) del poder constituyente. Apoyando frente a los límites en la aplicación de los derechos fundamentales, no solo en la actividad jurisdiccional, que es uno de los aspectos más relevantes del constitucionalismo como teoría y práctica del Estado constitucional sino en la observancia de los demás poderes públicos, tal como lo evidencia el Profesor español Rubén Martínez Dalmau (2012).<sup>61</sup>

*Como consecuencia de que el Estado constitucional —esto es, el Estado que surge de la democracia constitucional— implica la juridificación de la democracia, aparece la necesidad de concebir jurídicamente —y, por ello, limitadamente— a la propia soberanía 36 en su ejercicio constitucionalizado, sin por ello contradecir el carácter absoluto de la soberanía en su ejercicio constituyente sin el cual, desde luego, se rompería la tensión entre democracia y constitucionalismo a favor del control del poder sin legitimidad del pueblo. De esta forma, como se ha hecho referencia, se produce la síntesis entre democracia y soberanía, ambas consagradas en la norma jurídica fundadora del pacto social, la Constitución, aunque ninguna de ellas dependiente de esta consagración, puesto*

<sup>60</sup> Dworkin Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa Editorial. Madrid. 2012.

<sup>61</sup> Martínez Dalmau, Rubén. (2012). *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. En: Revista General de Derecho Público Comparado. N°. 11. pp.1-15.

*que corresponden a hechos políticos y, por lo tanto, preconstitucionales. (p.13).*

Como reivindicación de un derecho que se piensa y se construye a partir de la Constitución, la idea de mirar a los derechos fundamentales como principios en su construcción estructural de normas en el Estado constitucional, va a ser validada por Jan Sieckmann<sup>62</sup> (2011). Para él la posición dogmática de los derechos fundamentales va a cobrar un papel fundamental en el Estado constitucional con apoyo material de concreción a una teoría Principialista:

*Los derechos fundamentales constituyen un elemento central del Estado constitucional democrático. Su garantía y aplicación judicial, sobre todo por el Tribunal Constitucional Federal, ha modificado la estructura y el contenido del ordenamiento jurídico Alemán, y ha suscitado a si mismo problemas metodológicos específicos y conflictos latentes o abiertos entre el legislador respaldado por una legitimación democrática directa, y la jurisdicción constitucional. Esos problemas no aparecen solo en el derecho alemán, sino que surgen en todos los Estados constitucionales donde los derechos fundamentales pueden hacerse valer judicialmente y existen derechos revestidos de la primacía de la Constitución, si bien se ha discutido mucho acerca de los problemas de metodología de teoría del Estado y de dogmática constitucional que entraña esta <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico, en su mayor parte se trata de problemas todavía no resueltos. Y junto a las numerosas cuestiones sustantiva, también resulta controvertido el marco conceptual en el que hayan de discutirse. (p.17).*

---

<sup>62</sup> Sieckmann, J. (2011) *Los derechos fundamentales como principios*. En: Sieckmann, J. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Editorial Marcial Pons. Madrid. España.

## 1.2. Desarrollos del constitucionalismo o neo constitucionalismo desde la teoría jurídica contemporánea

El neo constitucionalismo, puede ser definido como una escuela de pensamiento jurídico-filosófica, en la cual se ponen elementos comunes de discusión acerca del fenómeno del derecho, y sus implicaciones, para la comprensión de puntos de discusión de la ciencia jurídica de nuestros días. Especialmente uno de los puntos centrales del análisis teórico del neo constitucionalismo está, en establecer las posibles respuestas a los problemas de la consolidación del Estado constitucional de derecho. Poniendo también de presente debates puntuales y diálogos tensionantes con corrientes del pensamiento jurídico de larga tradición como el positivismo, en cuanto a sus puntos de ruptura, especialmente frente a la tesis de la conexidad necesaria y conceptual entre el derecho y la moral.

En este orden, el neo constitucionalismo tiene su influjo principalmente desde una meta teoría del derecho, así como lo defiende y trabaja inicialmente el profesor italiano Ricardo Guastini.<sup>63</sup> Indicando, que los problemas de la ciencia jurídica moderna pueden ser tratados en un primer plano desde la meta teoría neo constitucional. Así también otros pensadores del derecho actual, como el profesor español Luis Prieto Sanchís<sup>64</sup> (2013), que los desarrollos del neo constitucionalismo se establecerán en los presupuestos “*meta teóricos sobre la función de la ciencia jurídica y el enfoque más adecuado para la comprensión del derecho*”. (p. 24). Lo que genera una mirada de los elementos comunes para la construcción de una idea de derecho acertada en tiempos del Estado constitucional democrático. “*El neo constitucionalismo teórico reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta de los estándares*

---

<sup>63</sup> Guastini R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Distribuciones Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México. Páginas 273.

<sup>64</sup> Sanchís Pietro. *Neo constitucionalismo y ponderación judicial*. Trotta, Madrid. 2013. 309 pp.

*normativos del derecho contemporáneo*".<sup>65</sup> Frente a la filosofía jurídica o del derecho y a la teoría constitucional, el neo constitucionalismo toma herramientas de ambas para fortalecer su teorización, en especial sentido a una axiología de los principios que emana también de los desarrollos de una teoría *ius* fundamental de las normas constitucionales de especial interés y jerarquía. "*La comprensión del neo constitucionalismo debe reflejar, desde un punto de vista teórico, un conocimiento de las transformaciones del valor político, jurídico y axiológico de la Constitución*".<sup>66</sup>

En este sentido, en el desarrollo de una verdadera filosofía jurídica neo constitucional, esta corriente supera las tensiones entre positivismo e iusnaturalismo, frente al modelo de adjudicación del derecho, puntualmente, por mencionar uno de los múltiples debates entre la vista positivista del derecho y la perspectiva naturalista de la ciencia del derecho. Esta el que se propone, desde los métodos subsuntivo y ponderativo, el primero como resolución de los conflictos entre normas tipo reglas, y el segundo como soluciones a la colisiones entre normas tipo principio:

*Hay partidarios y enemigos de la ponderación. Los primeros suelen vincularse con la defensa del llamado constitucionalismo (o neo constitucionalismo), tienen una concepción principialista del derecho (entendiendo por tal una que considera que el derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios) y subrayan el papel de la razón (de la razón práctica) en el derecho. Los segundos suelen proclamarse partidarios del positivismo jurídico, alzapriman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor*

---

<sup>65</sup> Carrillo, Y. (2010). *Aproximación a los conceptos de neo constitucionalismo y derechos fundamentales*. En: Revista Saber, Ciencia y Liberta. Vol. 5 N°. 1. Enero-Julio. pp. 39-47.

<sup>66</sup> Estrada, S. (2012). *Filosofía del derecho y neo constitucionalismo*. En: Botero, A. (coord.). *Filosofía del derecho*. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. p. 530

*central de nuestros ordenamientos supone la concepción principialista del derecho.*<sup>67</sup>

Esta confrontación teórica pero que ha seguido debates puntuales, por lo menos desde la razón práctica, fundamenta la idea que aquí desarrollamos, como el derecho más allá de la ley, superando la idea de un control estricto de legalidad desde la concepción del Estado liberal de derecho, hasta las más recientes construcciones del control de constitucionalidad reconociendo el carácter superior del texto constitucional. *“La superioridad reconocida a la Constitución traduce en la necesidad de seguir procedimientos especiales para su reforma, como también la creación de mecanismos de control destinados a impedir la expedición o la aplicación de normas inferiores que le sean contrarias”.*<sup>68</sup>

La superación por parte del neo constitucionalismo del positivismo jurídico el cual tiene sus inicios más recientes en las escuelas del derecho positivo de tradición decimonónica, donde la apertura a la construcción de un nuevo paradigma de origen pos positivista deja a algunos autores en la costumbre que defiende al Estado bajo el imperio irrestricto de la ley, como uno de los pilares de los principios rectores de dicha corriente de pensamiento jurídica, bajo la figura del legislador racional, tal como lo evidencia el profesor español Josep Aguiló (2007):<sup>69</sup>

*A los que afirman la continuidad del paradigma, se les puede llamar positivistas o partidarios del paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como «imperio de la ley»; y a los segundos, a los que afirman la necesidad de la revisión de dicho paradigma, postpositivistas, neoconstitucionalistas o partidarios de*

---

<sup>67</sup> Atienza, Manuel, El sentido del Derecho, Barcelona, Ariel, 2001.

<sup>68</sup> *Ibidem.*

<sup>69</sup> Aguiló, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras.* En: Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 30, pp. 665-675.

*un paradigma construido en torno a la concepción del Estado de Derecho como Estado constitucional. (p.668).*

Bajo esta línea argumentativa, el neo constitucionalismo como meta teoría del derecho propone a la Constitución como un orden de valores, no solo permeando en todo el sistema jurídico general, sino realizando el efecto de irradiación normativa, en las normas de inferior jerarquía. Lo que indica es que desde los planteamientos del positivismo jurídico, nunca se había podido pensar en que aquel derecho que estuviera por fuera de la ley, pudiese ser considerado como tal. Pero realmente esta afirmación debe ser entendida desde un sentido más amplio, y es precisamente que gracias a la conformación de los derechos humanos como derechos fundamentales positivos consagrados en los estatutos o cuerpos de derechos, es decir, puntualmente en la Constituciones, que este influjo del neo constitucionalismo cobra más fuerza, es pensar precisamente que la tensión dialéctica es resuelta por el neo constitucionalismo, pero no como un paradigma exclusivo, de su propia cuenta teórica, sino que gracias a que toma elementos de una y otra corriente del pensamiento jurídico (ius positivismo e iusnaturalismo), que logra resolver con tal confrontación desde la meta teoría del derecho posibilitando una jerarquía axiológica de los contenidos normativos de todo el sistema jurídico orientado hacia la Constitución, este debate puede ser entendido de manera más profunda orientado a los argumentos del Profesor Luigi Ferrajoli (2011):<sup>70</sup>

Por otro lado, más allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente de «neo constitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta

---

<sup>70</sup> Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 34. pp. 15-53.

intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente ius positivista, entendiendo por positivismo jurídico una concepción y/o un modelo de Derecho que reconozcan como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia. (p.16).

Esta es la tensión que parece conciliarse en el neo constitucionalismo, que podría plantear una nueva teoría del derecho o una concepción ideológica novedosa para atender a las cuestiones de la ciencia jurídica vistas bajo la óptica de los Estados constitucionales, pero dicha propuesta teórica, confronta postulados defendidos y rechazados por las dos fuertes ideologías o teorías que se han mantenido en la dialéctica histórica por la respuesta a lo que puede considerarse derecho (ius positivismo-iusnaturalismo).

Según el autor que estudiamos hasta este punto del documento, el neo constitucionalismo debe verse no como una teoría o ideología, sino como una filosofía del derecho, pues existen varias concepciones o posturas defendidas desde el neo constitucionalismo pero que a veces no construyen en el mismo sentido desde el estadio de teorización o argumentación, es decir, algunos debates desde la filosofía política, otras desde la filosofía moral y en últimas desde una teoría del derecho, por eso encuadrarlas desde una filosofía del derecho permitiría al menos metodológicamente, unificar posiciones de fundamentación de dicha concepción de ver el derecho desde los modernos sistemas jurídicos. Sobre este aspecto, concretamente Pietro Sanchís<sup>71</sup> (2013), relaciona aquellos postulados con los cuales el neo constitucionalismo concilia o supera la confrontación iusnaturalismo-positivismo:

---

<sup>71</sup> Sanchís Pietro. *Neo constitucionalismo y ponderación judicial*. Trotta, Madrid. 2013. 309 pp.

*No es extraño por ello que haya querido verse en el neo constitucionalismo no ya una tercera vía entre las dos que tradicionalmente se han disputado el predominio en la cultura jurídica, sino incluso la cancelación de la dialéctica que las ha enfrentado: el positivismo no tiene razón porque tampoco la tiene el iusnaturalismo, podría ser el lema. [...] la diferencia, sin duda muy importante, es que los derechos antes estaban fuera del derecho positivo y representaban el parámetro de su justicia, mientras que ahora forman parte o están dentro del sistema y representan el parámetro de la validez de las normas. Pero no creo que sea forzar el significado de las palabras afirmar que el constitucionalismo y sobre todo el neo resultan ideológica y funcionalmente iusnaturalistas. (pp. 58-59).*

Sobre este punto apoyándonos un poco en la tesis de la pretensión de corrección del sistema jurídico, propuesta por Alexy<sup>72</sup> en su teoría de los derechos fundamentales, aplicada tal intención a la principialista, los principios constitucionales no solo se instituyen en las normas jurídicas más importantes dentro de los sistemas de derecho de hoy, sino su labor busca superar los índices concretos de adjudicación del derecho, están corrigen el sistema de manera extra-sistémica, pues el valor axiológico de estas normas, supera la pretensiones personales o particulares de aplicar el derecho, y se integran en la pretensiones universales de materialización de la justicia en sentido unificador del mismo sistema de derecho, con el que se busca la operación del Estado constitucional a su máximo nivel de ejecución.

La especial pretensión, que van a tener los principios en los sistemas de derecho altamente constitucionalizados, es otorgarle un entendido de justicia al mismo derecho donde se apliquen los postulados normativos. Con esto se pone en

---

<sup>72</sup> Alexy Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Gedisa Editorial. Madrid. 2012.

evidencia que los principios como normas jurídicas de una estructura de textura abierta, siempre presentaran conflictos normativos a las llamadas colisiones de principios, pues el derecho fundamental que resguarda tal aplicación en los mismos límites de integración y unidad del sistema normativo, propenden por una justificación o una fundamentación razonada de las normas jurídicas de principio en los campos de aplicación concretos.

En este entendido, además de la idea de constitucionalización del derecho o del ordenamiento jurídico, surge en apoyo a una teoría Principialista de los derechos fundamentales, el postulado de la fuerza normativa de la Constitución, que para algunos autores, como Pietro Sanchis,<sup>73</sup> Guastiní,<sup>74</sup> Comanducci,<sup>75</sup> es una elaboración propia como postulado-rector del Neo constitucionalismo, que busca consolidar a la Constitución, no solo como una norma más dentro del ordenamiento jurídico y sistema-normativo complejo, como un aspecto general, ya que en estricto sentido la Constitución y su fuerza normativa, van a indicar precisamente que es la norma principal de nuestro orden o sistema, ya que se posiciona como norma fundante de nuestro marco dispositivo. Por medio de la cual los derechos fundamentales-entendiendo principios- puedan aplicarse de manera concreta e inmediata, debiéndose esto a la Constitución axiológica como práctica. Debido a que en el Estado de derecho legislativo solo la Constitución era vista como un orden marco, que trazaba la forma de organización política y el modelo de Estado, como algunos de sus rasgos más característicos, pero en cuanto a la judiciabilidad de los derechos fundamentales, se quedaba escasa en su aplicación. El Estado constitucional ve y presenta la Constitución como un orden fundamental, en el que los derechos inalienables de las personas juegan un papel preponderante en la vida del Estado y de la misma sociedad.

---

<sup>73</sup> Sanchis Pietro. *Neo constitucionalismo y ponderación judicial*. Trotta, Madrid. 2013. 309 pp.

<sup>74</sup> Guastiní R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Distribuciones Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México. Páginas 273.

<sup>75</sup> Comanducci Paolo. *Formas de Neo constitucionalismo*. Un Análisis Meta teórico. Revista ISONOMIA No 16. Abril de 2002. Universidad de Génova.

### **1.3. Los derechos fundamentales como principios y límites al ejercicio del *ius puniendi***

El reconocimiento de la teoría de principios, basado en la idea de una concepción dogmática de los derechos fundamentales, aporta construcciones teóricas al propio modelo que se consolida hoy en el Estado constitucional democrático de derecho; y es el modelo de la estructura de los derechos fundamentales como normas jurídicas de principio en un Estado, garantizado por la prevalencia de las normas constitucionales. “*El principio (jurídico), por su parte se refiere a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y al modo de alcanzarlos.*”<sup>76</sup>

Este primer momento va a estar acompañado de una nueva concepción en la interpretación de una teoría y filosofía del derecho, y no solo del derecho constitucional, y es la idea de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, postulado propio de un neo constitucionalismo, esta postura es defendida por Zagrebelsky,<sup>77</sup> el cual posiciona en las siguientes líneas:

*La discusión sobre las normas constitucionales de principio se suscitó de nuevo en la época de las nuevas Constituciones de la segunda posguerra. Ahora la cuestión se planteaba en términos aún más generales. Se trataba de determinar lo que podría llamarse “derecho constitucional autentico” y de evitar su contaminación con afirmaciones espúreas, carentes de carácter jurídico y políticamente peligroso. La expresión jurídica de esta hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces. La ocasión para dar un fundamento*

---

<sup>76</sup> Aarnio, A. (2000). *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Nº 4. págs. 593-602.

<sup>77</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *La idea de justicia y la experiencia de la injusticia* en ZAGREBELSKY, Gustavo, y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.

*más sólido que el proporcionado por la ley estatal surgió con la reacción que se produjo, al término de la segunda guerra mundial, en aquellos Estados que se vieron en la necesidad de refundar las instituciones constitucionales después del totalitarismo fascista y nacionalsocialista. (Pp.65-112).*

Esta idea ligada estrechamente a la concepción de principios, va a establecer para el constitucionalismo colombiano, que el artículo 230<sup>78</sup> superior, el cual señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, sea entendido de la siguiente manera: A la luz del nuevo derecho o neo constitucionalismo, este dispositivo constitucional, que si lo leemos de manera literal o con una exegesis radical, su contenido reflejaría el de un derecho, motivado bajo un Estado de derecho híper-legalista de tradición congresual, donde el derecho exclusivamente positivo, sería considerado como la única fuente válida de formación del derecho.

*“El Estado de derecho es, sin duda, una conquista definitiva de la humanidad; pero es igualmente evidente también que en nuestro tiempo no puede subsistir ya como mero Estado liberal de derecho, espectador pasivo de la vida social”.<sup>79</sup>* Solo se aplicaría el derecho positivo, ya que conforme la tutela de la teoría constitucional contemporánea, este artículo (230 C.N.) deberá ser visto, bajo el postulado: los jueces solo están sometidos al imperio del ordenamiento jurídico. Y con esto los problemas sobre la interpretación de las normas jurídicas como enunciados normativos, tendrían soluciones concretas a los casos en los que sería necesario una aplicación directa de la Constitución, ya que si solo los jueces están sometidos al imperio del ordenamiento jurídico, tomarían en sus decisiones en la construcción de su valoración judicial, todas las normas que componen nuestro

---

<sup>78</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

<sup>79</sup> Arpintero Benítez, Francisco. *Los Principios fundamentales y el razonamiento práctico*, en AAVV., Manual de Filosofía del Derecho, Madrid, Colex, 2000, bajo la coordinación de Puy Muñoz, Francisco y López Moreno, Ángeles.

orden jurídico como gran sistema de normas, esto para indicar que los derechos fundamentales vistos como normas jurídicas de principio, atienden a criterios estructurales concretos de una dogmática ius fundamental, que en la visión de un derecho constitucional con una postura fuerte de principios, permitirían desarrollar soluciones a sus colisiones de manera totalmente distintas, a que solo si las normas jurídicas fuesen concebidas por el tipo de reglas. “los principios se caracterizan respecto de las otras [disposiciones] porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en algunos sectores específicos el papel de [disposiciones] “fundamentales”<sup>80</sup>.

Finalmente sobre una concepción de si existe o no una verdadera teoría principialista de los derechos fundamentales, va a entra a terciar la postura de Ferrajoli, entre las dos propuestas más destacadas de la teoría de principios, nos referimos a las de Dworkin<sup>81</sup> y Alexy.<sup>82</sup> Lo especialmente relevante de la propuesta de Ferrajoli, sobre una visión principialista de los derechos fundamentales, va a hacer que su fundamento teórico a la principialista constitucional se apoya, en el argumento que considera que la configuración de un constitucionalismo de principios, muestra una posición superior de un garantismo constitucional como fase reforzada del positivismo jurídico:

*Junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo ius positivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré constitucionalismo argumentativo o principialista y el que cabe denominar constitucionalismo normativo o garantista. La primera orientación está caracterizada por la configuración de los derechos*

---

<sup>80</sup> Guastini R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Distribuciones Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México. Páginas 273.

<sup>81</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>82</sup> Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

*fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.*<sup>83</sup>

La propuesta de Ferrajoli,<sup>84</sup> este en determinar que los principios constitucionales que expresan en su sentido normativo, derechos fundamentales, operan bajo la lógica y el entendido de los Estados constitucionales como las reglas jurídicas. *“Ferrajoli citado por Pietro Sanchis propone denominar constitucionalismo a un modelo político cuyo rasgo distintivo será identificable con la existencia positiva de una lex superior a la legislación ordinaria, modelo que se opondría o que sería la superación del Estado legislativo de Derecho”.*<sup>85</sup> Fundamentando teóricamente desde sus técnicas de garantía procedimentales, para un constitucionalismo fuerte dentro del garantismo. Indicando además, que la Positivización de los derechos fundamentales, demostraría la conciliación del dilema de la inclusión de la moral en el derecho. Llevando a la misma Constitución la consagración ética del derecho mismo, por lo que los valores y los principios, expresarían la moralidad de la Constitución. *“La tesis normativa que, con diferencias de acento, defendemos los constitucionalistas principialistas es que es deseable que la dimensión*

---

<sup>83</sup> Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 34. pp. 15-53.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Prieto Sanchis, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. Sexta edición, Editorial Trotta, Madrid. España. p. 230.

*regulativa de las constituciones esté integrada muy centralmente por principios así entendidos”*.<sup>86</sup>

Frente al modelo de los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal, desde su estructura de principios presentan ordenes concretos de mandato, en la garantías secundaria de materialización de la medidas punitivas, o medidas penales de reproche, concretamente los postulados rectores que se presentan en la Ley 906 del 2004,<sup>87</sup> logra accionar a través de las autoridades judiciales, puntualmente los jueces de control de garantías. Medidas de acción frente al ejercicio desmedido de las conductas punibles. Es decir, el delito en sí mismo, cuando desde el accionar del Estado los derechos fundamentales quedan limitados por un derecho de última ratio como lo es el penal, y esa punibilidad va a estar dada por la concreción o materialización en términos de Ferrajoli de las garantías secundarias. En este sentido Ferrajoli (2006) indica:<sup>88</sup>

*Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas—como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, si se toma la estipulación constitucional, con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad como el habeas corpus, o bien con un derecho social como el derecho a la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a*

---

<sup>86</sup> Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 34. pp. 15-53.

<sup>87</sup> Ley 906 del 2004.

<sup>88</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

*permanecer en el papel. Mas, ciertamente, no diremos que ellos no existen porque no existe, como requiere la definición de derecho subjetivo, el deber o la obligación correspondiente. Existe, en efecto, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes —es decir, de colmar las lagunas—, aquélla realiza y satisface, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del nexo de implicación entre derecho y garantía. (p. 30).*

## 2. Conclusión

Como conclusión central, podemos indicar que los derechos fundamentales como límites al ejercicio del *ius puniendi*, desde la teoría de los principios enmarcada dentro del Estado constitucional contemporáneo, posiciona el reconocimiento de las garantías básicas materiales en el establecimiento de medidas de protección frente a los derechos constitucionales de superior jerarquía.

El ejercicio desmedido del derecho a castigar del Estado, no puede excederse en sus límites competenciales de la concreción material de los derechos, dado que las causa de no cumplimiento de y observancia de las medidas punitivas, generan un conflicto en el ordenamiento jurídico colombiano, frente a l establecimiento de los órdenes sustanciales de los derechos, en esta caso entendido el derecho penal como de ultima ratio, debe seguirse por l cumplimiento específico, de los derechos inalienables del ser humano.

## 3. Bibliografía

Aarnio, A. (2000). *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Nº 4. págs. 593-602.

Aguiló, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. En: Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 30, pp. 665-675.

Alexy Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Gedisa Editorial. Madrid. 2012.

Alexy, Robert, Derecho y razón práctica, México, Fontamara, 1993.

Arpintero Benítez, Francisco, “Los Principios fundamentales y el razonamiento práctico”, en AAVV., Manual de Filosofía del Derecho, Madrid, Colex, 2000, bajo la coordinación de puy muñoz, Francisco y López moreno, Ángeles.

Atienza, Manuel, El sentido del Derecho, Barcelona, Ariel, 2001.

Carrillo, Y. (2010). *Aproximación a los conceptos de neo constitucionalismo y derechos fundamentales*. En: Revista Saber, Ciencia y Liberta. Vol. 5 N°. 1. Enero-Julio. pp. 39-47.

Comanducci Paolo. Formas de Neo constitucionalismo. Un Análisis Meta teórico. Revista ISONOMIA No 16. Abril de 2002. Universidad de Génova.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Dworkin Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa Editorial. Madrid. 2012.

Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1984.

Estrada, S. (2012). *Filosofía del derecho y neo constitucionalismo*. En: Botero, A. (coord.). *Filosofía del derecho*. Sello Editorial Universidad de Medellín. Medellín, Colombia. p. 530.

Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°. 34. pp. 15-53.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Foucault, Michel (1986). *Vigilar y Castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores. p. 86.

Guastini R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Distribuciones Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México. Páginas 273.

Ley 906 del 2004.

Martínez Dalmau, Ruben. (2012). *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. En: Revista General de Derecho Público Comparado. N°. 11. pp.1-15.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007, p.243.

Prieto Sanchis, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. Sexta edición, Editorial Trotta, Madrid. España. p. 230.

Sánchez Ferriz, Remedio. *“El Estado Constitucional y Su sistema de Fuentes”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2002. 485 págs. *En particular los*

capítulos 6 y 7 titulados: “La Constitución del Estado” p.p. 269-314, y “El Constitucionalismo: Sus Fases generales y el caso Español”, p.p. 315-343.

Sanchís Pietro. Neo constitucionalismo y ponderación judicial. Trotta, Madrid. 2013. 309 pp.

Sieckmann, J. (2011) *Los derechos fundamentales como principios*. En: Sieckmann, J. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Editorial Marcial Pons. Madrid. España.

Zagrebelsky, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en ZAGREBELSKY, Gustavo, y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.



## “EL FUERO MILITAR EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991”

**Por:** Roberto Carlos Puello Acevedo<sup>89</sup>

**I. Resumen.** El Fuero Militar es la base de la existencia de este derecho penal militar, y se fundamenta en que los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, sean investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar. Tal precepto tiene su fundamento en la Constitución Nacional y los Códigos Penales Militares vigentes. El presente Artículo pretende abordar el conocimiento de esta figura jurídica a partir de lo que se consagra en la Constitución Nacional de 1991, el régimen penal castrense, y las distintas reformas que se han planteado al respecto, inclusive la más reciente, contenida en el Acto Legislativo 02 de 2012.

**II. Palabras Claves.** Fuero, Fuero Penal Militar, Constitución Nacional, Acto Legislativo, Seguridad Jurídica.

**III. Abstract.** The Military jurisdiction is the basis of the existence of this military criminal law, and is based on the fact that the crimes committed by the members of the Armed Forces on active duty, in relation to the same service, are investigated and prosecuted by the Military Criminal Justice System. This precept has its basis in the National Constitution and the Penal Codes military force. This article aims to address the knowledge from this legal from what is enshrined in the National Constitution of 1991, the military criminal regime, and various reforms that have been raised in this regard, including the most recent, contained in the Legislative Act 02 of 2012.

---

<sup>89</sup> Abogado. Egresado de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

**IV. Key Word.** Jurisdiction, Military Criminal Jurisdiction, National Constitution, Legislative Act, Legal certainty.

## 1. Introducción

El conflicto armado que se ha presentado en el Territorio Nacional, ha sido uno de los elementos característicos de la historia del país durante la mayor parte del siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI. En un sentido estricto, hacemos referencia a la lucha sin cuartel que han venido desarrollando las Fuerzas Militares de Colombia con los grupos insurgentes que, por vía armada, han intentado orientar la configuración social, política y económica del país.

Dentro de los límites de este horizonte histórico y social, se presentó y desarrolló la estructuración y adiestramiento de las Fuerzas Armadas de Colombia. Así las cosas, el punto de partida de las presentes consideraciones acerca del Fuero Militar, atienden necesariamente al hecho de que el Gobierno Colombiano configuró las distintas instancias de las Fuerzas Militares, tomando como punto clave de referencia el conflicto interno armado librado contra los grupos de guerrillas y de autodefensas (ya disueltas).

Entre tanto, a la par que se desarrolló un cuerpo militar adiestrado para el combate, el Gobierno Nacional de Colombia se preocupó por erigir un marco jurídico adecuado que velara por el correcto funcionamiento de dichas fuerzas militares en relación con el cumplimiento adecuado de sus funciones. Tomando como punto de partida este hecho, es preciso anotar que el objetivo principal que dirige la realización del presente artículo, es mostrar el modo en que el Fuero Militar se anuncia como una muestra fehaciente del derecho penal militar en su relación con la Constitución Nacional de Colombia. Así, nuestro interés estará dirigido a poner en evidencia, en primera instancia, el modo en que se articula el

Fuero Militar con la Justicia Penal Militar, el Código Penal vigente y la Constitución Nacional de 1991. En segundo lugar, se intentará poner de relieve las reformas hechas a la Constitución de 1991 en lo que se refiere al tema del Fuero Militar. De modo preciso, nos detendremos en la reforma propuesta en el Acto Legislativo 02 de 2012, con el fin de analizar las críticas proferidas acerca de la misma.

Ahora bien, para lograr dar alcance a dicho objetivo el presente artículo seguirá el siguiente orden: en primera instancia, se realizarán un conjunto de precisiones conceptuales y terminológicas, que orientarán adecuadamente al lector respecto de lo que debe ser entendido por Fuero Militar. En segundo lugar, se fijará la mirada en las relaciones que se establecen entre la justicia castrense, el Estado, los derechos humanos y las nociones de justicia y reparación. En tercera instancia, se detendrá la atención en la exposición de las distintas reformas constitucionales a que se ha visto sometido el Fuero Militar desde la instauración de la Constitución del 91, y los informes respecto de las limitaciones en el área de los derechos humanos por parte de la justicia castrense en Colombia. Finalmente, en cuarto lugar, se pondrán a la luz las distintas perspectivas y lecturas que se sostienen críticamente en Colombia respecto de las limitaciones del Acto Legislativo 02 de 2012, cuyo fin es modificar El Fuero Militar. Así, nos detendremos brevemente en exponer el modo en que el Fuero Militar ha dejado huella en nuestra nación jurídicamente hablando en el nuevo siglo.

### **1.1. Consideraciones preliminares: acerca de las nociones de *fuero* y *fuero militar***

Para desarrollar este primer párrafo del presente artículo, se tomará como piedra angular de la exposición el trabajo desarrollado por Cermeño<sup>90</sup> (2004) en su

---

<sup>90</sup> Cermeño Petro, J.C. (2004). *El Fuero Penal Militar en Colombia*. Tesis de grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

trabajo titulado “El fuero militar en Colombia”. Así las cosas, se seguirá un proceso expositivo inicial similar, en la medida en que se considera justo y necesario esclarecer, en primera instancia, lo que deba ser entendido por las nociones de fuero y fuero militar en un sentido estricto, para desplegar desde ahí las reflexiones respecto a los mismos. De este modo, nos serviremos de las definiciones tanto etimológicas como jurídicas del concepto de fuero, para luego articularlo a la categoría de fuero militar.

A este respecto, es menester poner de relieve la definición de *fuero* ofrecida por la RAE con el fin de ir delimitando paulatinamente dicha categoría a su sentido castrense. Así, la RAE (2001) ofrece un conjunto de definiciones de fuero, de las cuales es preciso destacar lo siguiente: a) En primer lugar, fuero hace referencia, en un sentido histórico, al conjunto de la normatividad que rige un territorio específico, adjudicado para el País Vasco y Navarra por la Constitución de 1978; b) Jurisdicción o poder, tanto en un sentido secular como eclesiástico; c) Competencia en un dominio, campo o jurisdicción específica, con la cual cuenta un sujeto a causa de su profesión, cargo u ocupación; d) Lugar en que en la antigüedad de hacía justicia; e) Compilación de una normatividad específica o conjunto de leyes.

Atendiendo a una restricción académica del concepto, es necesario – a nuestro juicio – poner la atención en el modo en que Guillermo Cabanellas (1981), define en un sentido más próximo a lo jurídico, atendiendo a consideraciones etimológicas, la noción de *fuero*. De este modo, señala que debe ser entendido *fuero*, en primera instancia, a partir de la raíz latina de la que deriva, a saber: *fórum*, con lo cual se haría referencia a un foro o tribunal. Tomando esto como premisa, se puede entender el fuero entonces, en segundo lugar, como un tribunal civil, el cual es campo de acción de los jueces ordinarios. En tercer lugar, el fuero de atracción apunta a la posibilidad que tiene un tribunal de acceder a cuestiones ajenas al ámbito estricto en que se desempeña, a causa de que algún tema

manejado remite de modo directo a una problemática fuera de sus límites, en razón de su propia naturaleza. En cuarto lugar se encuentra el fuero de comercio, con el cual se piensan los tribunales que se encuentran en relación con cuestiones estrictamente comerciales. En quinto lugar, aparece el fuero eclesiástico. Este fuero hace referencia a los tribunales particulares con que cuenta la Iglesia. En sexto lugar, aparece el fuero secular, el cual es un tribunal ordinario que se contrapone al fuero secular. Finalmente, en séptimo lugar es posible mencionar el fuero castrense – objeto del presente estudio –, con el que se piensan los tribunales cuya jurisdicción se encuentra restringida a ámbitos militares.

*FUERO. La etimología latina, fórum, foro o tribunal, es aceptada generalmente para esta voz, superada por muy pocas en acepciones jurídicas. CASTRENSE. Lo mismo que jurisdicción militar o de guerra. CIVIL. Jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales ordinarios. Conjunto de causas o cuestiones reguladas por los códigos procesales o leyes de enjuiciamiento. (v. Fuero castrense, eclesiástico y especial.*

Las referencias recién antes citadas, anuncian de modo panorámico el sentido que puede llegar a adquirir la noción de fuero militar, ante todo gracias a la puntual exposición realizada por Cabanellas, en la que, al nombrar los distintos modos en que puede articularse la categorías de *fuero*, señala de modo colateral que el fuero castrense (léase militar) se restringe a la jurisdicción de los aspectos jurídicos que se vinculan con el ámbito militar, valga la redundancia. No obstante, para empezar a esclarecer de un modo más riguroso lo que es el fuero militar, debemos dirigir nuestra atención, en primera medida, en la Ley 522 de 1999, en la que el Congreso de la República expide el Código Penal Militar. En el capítulo primero de dicho código penal, titulado “Ámbito de aplicación del código”, se expone de manera puntual lo que debe ser entendido por fuero militar, quienes

deben integrarlo y quienes pueden ser o no juzgados por el Tribunal Militar. De este modo, en el artículo primero se expone que el fuero militar es una instancia especial del derecho penal, en tanto que se encarga de juzgar y dictaminar las medidas correctivas necesarias frente a los actos indebidos y crímenes cometidos por los miembros activos de la Fuerza Pública. En un sentido preciso, el Tribunal Militar será integrado por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública.

*Art. 1º. Fuero militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. (Congreso de la República, 1999, p.1)*

Entre tanto, el artículo 2 del capítulo I del Código Penal Militar, tiene como foco de su atención los delitos que se colocan en relación con el servicio de la Fuerza Pública. En este orden de ideas, se expone que se considerará como delito con relación al servicio el acto realizado por un miembro perteneciente a la Fuerza Pública y que se resultado de la ejecución de su función propia.

*Art. 2º. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia. De conformidad con las pruebas allegadas, la autoridad judicial que conoce del proceso determinará la competencia, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la actividad de la Fuerza Pública. (Congreso de la República, 1999, p.1)*

El artículo 3, por su parte, se encarga de señalar de modo expreso aquello que no debe ser asumido, bajo ninguna circunstancia, como un acto delictivo por parte de un miembro de la Fuerza Pública, en relación con el cumplimiento del servicio y de la función encomendada. Así pues, los delitos como la tortura, la desaparición forzosa y el genocidio no pueden ser objeto de juicio por parte del Tribunal castrense, en la medida en que dichos crímenes se encuentran más allá de su jurisdicción al colocarse en relación con dictámenes y acuerdos internacionales sobre los Derechos Humanos.

*Art. 3º. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia. (Congreso de la República, 1999, p.1)*

Finalmente, el artículo 4 se encarga de clarificar quienes son los sujetos que integran de modo específico las nombradas Fuerzas Públicas, a saber: las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; mientras que el artículo 5 anota que los civiles no pueden ser juzgados por una Corte Marcial.

*Art. 4º. Fuerza Pública. La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*

*Art. 5º. Investigación y juzgamiento de civiles. En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar. (Congreso de la República, 1999, p.2)*

Para dar por culminado este primer apartado del artículo, es preciso concluir, siguiendo a Cermeño<sup>91</sup>, anotando que el derecho penal militar tiene como su objetivo primordial, regular el uso de la fuerza utilizada por la Fuerza Pública con el fin de cumplir la función delegada por el Estado. En este sentido, la justicia castrense pretende evitar la aparición y proliferación de irregularidades al interior de la Fuerza Pública, esto con la intención de salvaguardar tanto a los miembros de las Fuerzas Militares como a la Policía, y a los bienes jurídicos de los mismos. Por ésta razón, señala Cermeño, que antes que considerarse el Fuero Militar como un privilegio de cierto grupo, debe ser visto – por un lado – como un modo con que cuenta el Estado para salvaguardar la dignidad e independencia de los ciudadanos colombianos que cuentan con la investidura militar y, por otro lado, anota apoyándose en Rodríguez - citado por: Cermeño, 2004, p. 8 - que *“paradójicamente, antes de atentar contra el régimen de derecho, tiende a salvaguardar y a proteger, no propiamente a las personas de los militares, sino a la institución, soporte y fundamento de ese mismo régimen: sus Fuerzas Armadas”*.<sup>92</sup>

Así las cosas, es necesario caer en cuenta del hecho de que, aunque a simple vista el Fuero Militar aparezca como una negación fáctica de lo consagrado en el Artículo 13 de la Constitución de 1991, en tanto que este señala que: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades...”* (La cursiva es nuestra), más que una negación de la Constitución en tanto que representa un privilegio para los miembros de la Fuerza Pública, la justicia castrense debe ser entendida como excepción justificada en el hecho de la justicia ordinaria no puede juzgar adecuadamente un acto que pueda ser entendido como un posible delito en la ejecución de la función delegada y del servicio prestado por un miembro de la Fuerza Pública. A esto se debe sumar que,

---

<sup>91</sup> Cermeño Petro, J.C. *Óp. Cit.* 2004.

<sup>92</sup> *Ibídem.*

sólo parecería adecuado el juicio respecto de un delito cometido en el servicio, si dicho enjuiciamiento proviene de un sujeto que conoce de modo idóneo no sólo el Código Penal Militar sino la naturaleza de la vida al interior de la Fuerza Pública, es decir, el modo en que se despliega y se hace uso de la fuerza al interior de las Fuerzas Militares y de Policía “Es por ello que en el caso específico de los militares, debido al ejercicio de sus funciones, lo natural y lo justo es que sean juzgados por sus iguales, superiores en jerarquía y experiencia, para que sus fallos sean justos e imparciales”<sup>93</sup>

Concluimos pues, de acuerdo con Rodríguez Ussa,<sup>94</sup> que la razón de ser del fuero penal militar no es otra que servir a la Fuerza Pública como instrumento, por medio del cual se le permita disciplinar y enderezar la conducta de sus miembros activos; justificando de esta manera su carácter excepcional y dándose un lugar en la estructura constitucional, ya que forma parte de los principios y de la organización de la administración de justicia en nuestro Estado Social de Derecho.

## **1.2. Sobre la relación entre fuero militar y los derechos humanos**

El fin que persigue la realización del segundo párrafo de este artículo, es mostrar el modo en que la justicia penal militar aparece en una relación originaria con la problemática de la defensa de los derechos humanos. En este sentido, se tomará como punto de partida aquí las reflexiones desarrolladas por Andreu-Guzmán (2003) en su libro titulado *Fuero militar y derecho internacional*.<sup>95</sup> De esta manera, debemos iniciar aquí colocando de relieve un hecho fundamental –a juicio de Andreu<sup>96</sup>–, a saber: que es necesario que exista como garantía para la protección de los derechos humanos una administración adecuada de la justicia.

---

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> Andreu-Guzmán, F. (2003). *Fuero militar y derecho internacional*. Bogotá: Opciones gráficas.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

Así las cosas, según Andreu, se precisa la existencia de un poder judicial que cuente con las características esenciales de la independencia y la imparcialidad respecto de la administración de la justicia para “el goce y protección de los derechos humanos y una condición *sine qua non* para la vigencia del estado de derecho”.<sup>97</sup>

Tomando entonces aquí como punto de partida el hecho de que una correcta administración de la justicia es lo que puede facilitar una correcta defensa de los derechos humanos, en tanto que con esto se garantiza la imparcialidad del tribunal, es menester –siguiendo a Andreu<sup>98</sup>– plantear el siguiente interrogante: ¿Cuentan los tribunales militares con la exigida imparcialidad e independencia que, se supone, debe tener todo espacio para la administración de justicia en tanto que se busque proteger adecuadamente los derechos humanos? Puesto en palabras de Andreu-Guzmán: “*El quid de la cuestión gravita en torno a determinar si la justicia militar reúne las condiciones propias a un tribunal independiente e imparcial, establecidas por principios generales y las normas internacionales, y garantiza el debido proceso así como el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos*”<sup>99</sup>. Ante este interrogante, la respuesta que puede darse es negativa, en tanto que los tribunales militares parecerían exponer un modo de administración de la justicia, la cual se funda en la existencia de un tribunal (en este caso militar), el cual no cuenta con los rasgos esenciales de la imparcialidad y de la independencia, además de que violenta el debido proceso. Para Andreu<sup>100</sup>, la justicia penal militar se encuentra viciada, por decirlo de algún modo, en la medida en que los tribunales penales militares se encuentran constituidos –la mayoría de las veces– por militares en el servicio activo (tal cual es el caso de Colombia), con lo cual los jueces militares se encontrarán vinculados a un ordenamiento jerárquico y una línea de mando que, al

---

<sup>97</sup> *Ibidem.*

<sup>98</sup> *Ibidem.*

<sup>99</sup> *Ibidem.*

<sup>100</sup> *Ibidem.*

menos de modo teórico, les impediría asumir de modo imparcial un hecho con el fin de juzgar si viola o no el derecho internacional humanitario. Por esta razón concluirá señalando que “la actuación de la “justicia castrense” es, con demasiada frecuencia, fuente de múltiples injusticias y de negación de los derechos humanos”.

No obstante, de la mencionada afirmación de Andreu-Guzmán<sup>101</sup> acerca de la naturaleza de la administración de la justicia por parte de los tribunales militares se desprende un nuevo cuestionamiento, a saber: en un sentido preciso ¿Cuáles son los actos o hechos juzgados en las Cortes Marciales que, al hacerlo, pueden violentar el derecho internacional humanitario? Es decir, ¿En qué casos aplicar la justicia castrense es inadecuado –en lo que al ámbito de los derechos humanos se refiere– en tanto que no permite que la justicia penal ordinaria evalúe los hechos sucedidos? Pues bien, para responder a estas preguntas debe anotarse, en primera instancia, que existen un conjunto de acciones que parecen encontrarse vinculadas con el cumplimiento del deber, del servicio o con la función delegada a un miembro de la Fuerza Pública. Ahora bien, en la medida en que los actos problemáticos que el sujeto miembro de la Fuerza Pública ejecute, estén directamente vinculados con el servicio, quien debería juzgarlos es un Tribunal Militar. Sin embargo, Andreu<sup>102</sup> señala que, bajo ninguna circunstancia los delitos cometidos por un miembro de las Fuerzas Militares o la Policía que se encuentren asociados a la desaparición forzosa, la tortura o el genocidio pueden ser asumidos como “hechos vinculados con el servicio”. En consecuencia, cuando el Fuero Militar es aplicado a alguno de estos casos, el derecho internacional humanitario está siendo violado, en tanto que la justicia castrense administraría justicia en casos que le competen a la justicia ordinaria. Así, lo señalado por Andreu<sup>103</sup> se correspondería con lo expuesto en el Código Penal Militar colombiano, en la medida en que para el caso de Colombia, el artículo 3 anota que no pueden

---

<sup>101</sup> *Ibidem.*

<sup>102</sup> *Ibidem.*

<sup>103</sup> *Ibidem.*

asumirse como delitos relacionados con el servicio, y por ende objeto de juicio por parte de la justicia penal militar, los hechos vinculados con el genocidio, la desaparición forzada y la tortura.

Frente a las recién mencionadas circunstancias, es preciso que dirijamos la mirada por un instante sobre el papel que jugaría el Estado en lo que concierne específicamente a la violación del derecho internacional humanitario, esto con el objetivo de esclarecer del mejor modo posible el horizonte total dentro del cual se inscribe la administración de justicia por parte de los tribunales militares. Ahora bien, para lograr esto, es necesario hacer patente el hecho de que, de acuerdo a Andreu<sup>104</sup>, no existe hasta este momento, a nivel internacional, una normatividad expresa que se encargue de enjuiciar y administrar la figura de los tribunales militares y de las cortes marciales en lo que se refiere de modo preciso a la violación de los derechos humanos en el momento en que entra en juego la justicia castrense. Sin embargo, las violaciones y delitos en contra de los derechos humanos por parte de los miembros de la Fuerza Pública, deben ser objeto de regulación por parte de principios legales internacionales, en tanto que los mismos deben velar porque los Estado protejan a cabalidad los derechos humanos.

La práctica del juzgamiento de militares o policías autores de violaciones a los derechos humanos por tribunales militares, debe ser entonces, abordado a partir de principios y normas internacionales que regulan las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.<sup>105</sup>

En consecuencia, la aplicación de la justicia castrense debe ser objeto de escrutinio y análisis a la luz de las disposiciones legales internacionales, en relación con el deber del Estado en lo que se refiere tanto a la administración de justicia como a los casos en que se hayan presentado delitos de lesa humanidad

---

<sup>104</sup> *Ibidem.*

<sup>105</sup> *Ibidem.*

que atenten en contra del Derecho Internacional Humanitario. La mencionada responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos materializa lo que se conoce como el Deber de Garantías. De este modo, y en un sentido general, puede afirmarse que el Deber de Garantías del Estado consiste en desarrollar las acciones necesarias con el objetivo de investigar las violaciones a los derechos humanos, castigar a los culpables de dichas violaciones, reparar y esclarecer los hechos a los familiares de las víctimas, en aras de la verdad. En este sentido, el Estado debe asumir un papel activo, en nombre del deber que le impele, con el fin de encarar los actos “de tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas...”<sup>106</sup>

Para el caso específico de Colombia, es preciso detener la atención en el mismo Código Penal Militar, ya que en él se expone de modo puntual lo que hemos señalado de modo teórico anteriormente. Así, se evidencia cómo desde la misma Justicia Penal Militar se contempla, al menos, el deber de reparación del Estado respecto de las víctimas y familiares de un delito cometido por un miembro de la Fuerza Pública. De esta forma, en los artículos 106, 107 y 108 del Código Penal Militar se señala que es necesario que, ante un acto violatorio del derecho, ante un delito, sea el Estado quien asuma el deber de reparar, tanto en un sentido material como moral a las víctimas o familiares de quien resulte afectado. En consecuencia, la persona natural violentada o los familiares del mismo (sucesores) son asumidos como los sujetos de derecho con relación a los cuales el Estado debe asumir su Deber de Garantías.

---

<sup>106</sup> *Ibidem.*

*“Reparación del daño:*

*Art. 106. Reparación del daño. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan.*

*Art. 107. Titulares de la acción indemnizatoria. Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá a través de las acciones contencioso-administrativas de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo o las normas que lo modifiquen o complementen.*

*Art. 108. Deber de indemnización del Estado. El Estado debe reparar los daños a que se refiere el artículo 106 del presente código. (Congreso de la República, 1999, p. 23. La cursiva es nuestra).<sup>107</sup>*

### **1.3. El fuero militar en la Constitución Política de 1991**

Hasta este momento hemos presentado el orden de las consideraciones anteriores, con el fin de crear un horizonte interpretativo adecuado que permita abordar el modo en que el Fuero Militar ha evolucionado desde el establecimiento de la Constitución de 1991.<sup>108</sup> De este modo, se presentaron aclaraciones conceptuales que pretendían esclarecer el sentido de las nociones de *fuero* y *fuero militar*, esto con el fin de abrir paso al objeto de estudio tematizado en el presente artículo. Es decir, para poner en claro sobre qué se trabajará aquí y de

---

<sup>107</sup> Código Penal Militar. Editorial Leyer. Bogotá. 2011.

<sup>108</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2015.

qué modo se asumirá dicha problemática. Por otro lado, se puso de relieve la manera en que la aplicación de la justicia castrense se articula con el Deber de Garantías que le corresponde al Estado. En este orden de ideas, se mostró que en determinadas circunstancias la administración de justicia por parte de los tribunales militares implica la violación de los derechos humanos. Así, el Estado, frente a dicha circunstancia se ve llamado a, en primer lugar, no violar los derechos humanos y, en segundo lugar, investigar, castigar y reparar a las víctimas de las mencionadas violaciones. Atendiendo a estos elementos, el objetivo que se intentará cumplir en este tercer apartado es exponer de modo sucinto la evolución del Fuero Militar en Colombia durante la década de los noventa, a la par que se intentan mostrar los informes acerca de la violación de los derechos humanos. Para esto nos detendremos, una vez más, en las investigaciones de Cermeño<sup>109</sup> y Andreu<sup>110</sup>.

Así las cosas, en primera instancia, nos detendremos en las reformas presentadas en la Constitución del 91 sobre el Fuero Militar. A este respecto, es justo y necesario anotar que, de acuerdo a Cermeño (2004), el Fuero Militar fue definido en la Constitución Política de 1991,<sup>111</sup> en el artículo 221 haciendo referencia al conjunto de actos delictivos cometidos durante el servicio y en relación con el mismo, por parte de los miembros de la Fuerza Pública, los cuales son objeto de juicio por parte de las Cortes Marciales a partir de la aplicación del Código Penal Militar “*Artículo 221. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar*”.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Cermeño Petro, J.C. (2004). *El Fuero Penal Militar en Colombia*. Tesis de grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica.

<sup>110</sup> Andreu-Guzmán, F. (2003). *Fuero militar y derecho internacional*. Bogotá: Opciones Gráficas.

<sup>111</sup> Constitución Política de Colombia. editorial Leyer. Bogotá. 2015.

<sup>112</sup> Código Penal Militar. Editorial Leyer. Bogotá. 2011.

Es menester señalar aquí, que una de las variaciones más destacadas ocurridas en la Constitución de 1991 en lo que al Fuero Militar se refiere, en relación con la Constitución de 1886, radica en el hecho de que en la Constitución del 91 la justicia castrense se aplica, en un sentido amplio, a los miembros integrantes de la Fuerza Pública; esto es, tanto a los miembros de las Fuerzas Militares como a los miembros de la Policía, tal cual se señala en el artículo 4 del Código Penal Militar. Por su parte, la Constitución de 1886 contempla la aplicación de la justicia castrense solamente a los militares “Artículo 170. De los delitos cometidos por los militares del servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”. De esta forma, con la reformulación del Fuero Militar en la Constitución de 1991, se evita la ambigüedad generada respecto de los sujetos que podían ser objeto de juicio de las cortes marciales, en tanto que en la Constitución de 1886 no se especificaba si los miembros de la Policía Nacional podían ser objeto de la justicia castrense o no, mientras que la Constitución del 91 es clara al respecto, en tanto que hace patente que la Fuerza Pública se encuentra constituida tanto por militares como policías y, consecuentemente, estos últimos podían ser objeto del Fuero Militar. Así, coincidimos aquí con Cermeño<sup>113</sup> (2004) cuando señala que con la Constitución de 1991 los miembros de la Policía Nacional entraron a formar parte del estado de excepción generado por el fuero Militar, en lo que se refiere a la administración de la justicia en Colombia (p. 55).

La mencionada modificación del artículo 170 de la Constitución de 1886 no fue un proceso caracterizado por la uniformidad. Antes bien, se presentaron distintas propuestas y análisis respecto del modo en que debía ser instaurado el Fuero Militar en la Constitución del 91. Por esta razón, es necesario seguir una vez más

---

<sup>113</sup> Cermeño Petro, J.C. (2004). *El Fuero Penal Militar en Colombia*. Tesis de grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

a Cermeño<sup>114</sup> (2004) con el fin de mostrar de un modo sucinto el debate acaecido en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, consignado en el acta 15 del 25 de Abril de 1991. En este sentido, es preciso destacar, en primer lugar, que la formulación definitiva del artículo 221 de la Constitución de 1991 fue una modificación que tomó por base esencial el artículo 170 de la Constitución de 1886. De esta forma, el único cambio sustancial presentado fue sustituir la afirmación de que el Fuero Militar aplicaba a los militares, e incluir a la Policía Nacional en dicho Fuero bajo la categoría de “Fuerza Pública”.

*Artículo 170. De los delitos cometidos por los militares del servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar (Constitución Política de 1886. La cursiva es nuestra).*

*Artículo 221. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar (Constitución Política de 1991. La cursiva es nuestra).*

En segundo lugar, apareció una formulación del artículo presentada por José Matías Ortiz, la cual no contó con ningún voto favorable<sup>115</sup>. En tercera instancia, estuvo la formulación del constituyente Galán Sarmiento, la cual contó con un voto y que retomamos de la presentación de Cermeño<sup>116</sup> (2004). De dicha formulación realizada por Galán de artículo referido al Fuero Militar, hay que señalar, por un lado, que sustituye la categoría de *militares* por la de *Fuerza Pública* y, por otro lado, incluye para el Fuero Militar las acciones delictivas acaecidas en ejercicios

---

<sup>114</sup> *Ibidem.*

<sup>115</sup> *Ibidem.*

<sup>116</sup> *Ibidem.*

militares contra del terrorismo, cuando son llevadas a cabo por los miembros de la milicia “Artículo. Fuero de los miembros de la Fuerza Pública. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar y de Policía. *Igualmente, conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la milicia en operaciones militares antiterroristas*”<sup>117</sup>. La modificación que finalmente es preciso destacar, de acuerdo a lo expuesto por Cermeño<sup>118</sup>, fue la presentada por Horacio Serpa el 23 de Mayo de 1991m en la medida en que adiciona a la formulación del artículo referido a la naturaleza del Fuero Militar, la creación de un tribunal penal especial para los delitos en relación con el servicio por parte de los integrantes de la Policía Nacional “De los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o los tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. *La ley establecerá un Fuero especial para los miembros de la Policía Nacional.*”

Ahora bien, además de la formulación respecto del ámbito de competencia del Fuero Militar, materializada en el artículo 221 de la Constitución de 1991, es justo y razonable poner en evidencia el hecho que, en el año 1995 se presentó el segundo momento crucial que vivió la justicia castrense durante la década de los noventa en Colombia, a saber: la exigencia de evitar que los jueces de los Tribunales Militares que juzguen los actos delictivos cometidos por miembros de la Fuerza Pública se encuentren en servicio activo.

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia C-141<sup>119</sup> de marzo 29 de 1995. Se manifestó con respecto a los miembros integrantes de dicha jurisdicción, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 656 del Decreto

---

<sup>117</sup> *Ibidem.*

<sup>118</sup> *Ibidem.*

<sup>119</sup> Sentencia C-141 de marzo 29 de 1995

Ley 2550 de 1988 (anterior Código Penal Militar),<sup>120</sup> interpuesta por Nelson Rafael Cotes Corvacho.

El artículo demandado, disponía: "Artículo 656. Integración del Consejo Verbal de Guerra. El Consejo Verbal de Guerra se integrará así:

"Un presidente, tres vocales elegidos por sorteo, un fiscal, un asesor jurídico y un secretario. El presidente, los vocales y el fiscal deben ser oficiales en servicio activo o en retiro, superiores en grado o antigüedad del procesado (...) Lo subrayado es lo demandado (...) Mediante esta sentencia, la Corte declaró inexecutable la expresión "en servicio activo o" del artículo 656 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), como consecuencia, tal como se manifiesta en el objetivo del proyecto del Acto Legislativo 2 de 1995, mediante el cual se modificó el artículo 221 constitucional; se le quitó la posibilidad de integrar los Consejos Verbales de Guerra a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, con lo cual se abrió el camino, para en el futuro, llegar a impedir que el Comandante de las Fuerzas Militares se desempeñara como Presidente del Tribunal Superior Militar, que los oficiales en servicio activo no pudieran ser magistrados ni fiscales del tribunal Superior Militar (...) De esta manera, la Corte deja sin competencia a los oficiales en servicio activo para el juzgamiento de militares y recalca que es al legislador a quien corresponde diseñar un modelo de Justicia Penal Militar que esté acorde con los preceptos de la Constitución Política. Posteriormente, mediante el Acto Legislativo 02 de 1995, se adicionó la competencia de

---

<sup>120</sup> Ley 2550 de 1988 (anterior Código Penal Militar).

los miembros de la Fuerza Pública al artículo 221 de nuestra actual Constitución Política”.<sup>121</sup>

Dejando de lado la caracterización sucinta de los rasgos esenciales de la evolución del Fuero Militar en Colombia durante la década de los noventa, a partir de este momento daremos lugar de modo breve a exponer los informes acerca de las violaciones a los derechos humanos en Colombia durante los primeros años de los años noventa, esto en relación con el Fuero Militar. Con respecto a este punto, es preciso señalar que en el informe brindado por la Comisión Internacional de Derechos Humanos para el año 1993, se apuntó de modo preocupante en pocas ocasiones a justicia penal militar se encargaba de sancionar a los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban sindicados de cometer crímenes que violaban el Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, las Cortes Marciales se encargaban de entorpecer el debido proceso y cerrar la posibilidad a que la justicia ordinaria se encargara de juzgar a los sujetos sospechosos de cometer crímenes de lesa humanidad “al gobierno de Colombia la irregularidad no corregida en su sistema de administración de justicia que permite que en materia de responsabilidad estatal por violación de derechos humanos, la verdad jurídica sea la que declara la justicia penal militar y no la justicia penal ordinaria [lo conduce a que se vea afectado no solamente] internamente de manera grave a la administración de justicia sino también al derecho a la justicia contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”<sup>122</sup>.

Por su parte, en el año de 1999 se rindió un nuevo informe acerca de la situación en Colombia en lo que se refería a la relación entre Fuero Militar y derechos humanos. A este respecto se expone en el informe que en Colombia los problemas de impunidad se ven agravados, en la medida en que el Estado no se encarga de ejercer una administración de la justicia lo suficientemente adecuada,

---

<sup>121</sup> Cermeño Petro, J.C. (2004). *El Fuero Penal Militar en Colombia*. Tesis de grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica.

<sup>122</sup> Andreu-Guzmán, F. (2003). *Fuero militar y derecho internacional*. Bogotá: Opciones Gráficas.

con la cual los actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario no sean objeto de análisis por parte de los tribunales militares, sino de la justicia ordinaria. En este sentido, según la Comisión, el problema de los derechos humanos en Colombia en relación con la justicia castrense se articula de un doble modo, en tanto que – por un lado – se presenta la no participación de un tribunal realmente imparcial que se encargue de investigar y castigar a los miembros de la Fuerza Pública que violen los derechos humanos, ya que los jueces pueden ser militares en servicio activo y, necesariamente, se encuentran sometidos a una estructura de orden jerárquico al interior de la Policía o de las Fuerza Militares, con lo cual de modo teórico se niega la posibilidad de una investigación imparcial y objetiva, ya que esos mismos jueces en servicio militar activo hacen parte de las operaciones militares que, en determinadas circunstancias, podrían ser objeto de juicio por presunta violación de los derechos humanos. Al par de esto – por otro lado – se presentan en muchos casos la absolución de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad, en tanto que sus actos no se juzgan como violatorios del Derecho internacional Humanitario, sino como actos vinculados adecuadamente con el servicio y la función delegada. Dadas estas circunstancias “Finalmente, la Comisión recomendó al Estado colombiano *“adoptar todas las medidas necesarias y congruentes con las obligaciones jurídicas internacionales para garantizar que la jurisdicción del sistema penal militar se limite a los delitos verdaderamente relacionados con delitos de función del servicio militar. A este respecto, el Estado debería garantizar que los casos que involucran graves violaciones a los derechos humanos no sean procesados por el sistema de justicia militar”*<sup>123</sup>

#### **1.4. El fuero penal militar en el nuevo siglo**

En el apartado anterior, se intentó mostrar de modo sucinto la forma en que el Fuero Militar dejó en Colombia huella – tanto en un sentido jurídico como en

---

<sup>123</sup> Andreu-Guzmán, F. *Óp. Cit.* 2003.

materia de derechos humanos – durante la década del noventa. Ahora bien, para dar culminado el presente artículo, expondremos algunas anotaciones respecto de la evolución del Fuero Militar en el siglo XXI. De esta manera, en primer lugar, fijaremos la mirada en la definición brindada por el mismo en el Código Penal Militar del año 2010, con el fin de hacer patentes los elementos que han sido integrados al mismo, en el caso de que así sea. Entre tanto, en segundo lugar, comentaremos sucintamente el Acto Legislativo 02 de 2012 y las críticas más importantes que se han realizado al mismo.

En este orden de ideas, es menester decir que las últimas consideraciones jurídicas expedidas por el Congreso Nacional de la República, en lo que se refiere al Fuero Militar se encuentran expuestas en la Ley No 1407 del 17 de Agosto de 2010. A este respecto, es importante anotar el hecho de que, al igual que en la versión del año 1999, los primeros artículos del Código Penal Militar se encargan de exponer el ámbito de aplicación de dicho Código, haciendo claro lo que debe ser entendido por Fuero Militar y en qué casos aplica el mismo. Así, el Código Penal Militar de 2010 mantiene la definición brindada en su versión del año 99 “Artículo 1°. Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro” (Congreso de la República, 2010, p. 1). No obstante, el segundo artículo presenta una variación particular respecto de su formulación del año 99, en la medida en que se aclara que los delitos relacionados con el servicio cometidos por miembros de la Fuerza Pública son los realizados dentro del territorio colombiano o fuera de los límites fronterizos de la nación. Cabe anotar que dichos delitos deben ser resultado del deber asignado por la ley. Además de esto, se obvia la parte referida al hecho de que la autoridad judicial juzgará de acuerdo a las pruebas tenidas si se obró o no más allá de los límites señalados por la Constitución para el uso de la fuerza “Artículo 2°. Delitos

relacionados con El servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo *dentro o fuera del territorio nacional*, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado” (Congreso de la República, 2010, p. 2. La cursiva es nuestra).

En lo que se refiere específicamente al artículo tercero, es preciso anotar que, en lo sustancial, tiene un contenido muy próximo a la formulación del Código Penal Militar del año 1999, en tanto que ratifica el genocidio, la tortura y los crímenes de lesa humanidad, del modo en que ha sido convenido evitar en los tratados internacionales avalados por Colombia, como algo fuera de la jurisdicción del Fuero castrense. Sin embargo, adiciona que los actos delictivos que violen el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que contradigan el sentido y función otorgado constitucionalmente a la Fuerza Pública y generen la desvinculación de un individuo a la misma, tampoco son delitos vinculados con el servicio y caen por fuera de la jurisdicción penal militar “Artículo 3°. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrá relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada; de lesa humanidad *o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario* entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, *ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio*” (Congreso de la República, 2010, p. 1. La cursiva es nuestra). Por lo demás, los artículos cuatro y cinco permanecieron con la misma formulación del año 1999.

En segunda instancia, en lo que al Acto Legislativo 02 del 2012 se refiere, es preciso señalar que su objetivo principal fue realizar una reforma a los artículos 116, 152 y 121 de la Constitución Política de Colombia. En este sentido, se conoce que luego de la modificación generada por el artículo 1 del A.L. 3 del 2002,

el artículo 116 de la Constitución del 91 se encargó de dictaminar, entre otras cosas, las instancias que pueden administrar justicia en la República de Colombia. Así, se señala que sólo La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y Jueces, y la Justicia Penal Militar administran justicia. Ahora bien, el Acto legislativo 02 de 2012 solicita la necesidad de adicionar al artículo 116 un conjunto de incisos especiales, referido a la necesidad de crear un Tribunal de Garantías Penales con alcance en cualquier jurisdicción penal a lo largo y ancho de toda Colombia. Dicho Tribunal debería estar conformado por ocho magistrados, de los cuales cuatro deberán ser oficiales en retiro de la Fuerza Pública. Por su parte, las funciones que dicho Tribunal debía cumplir son las siguientes: “1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública. 2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral. 3. De manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar 4. Las demás funciones que le asigne la ley” (Congreso de la República, 2012, p. 1).

Para el caso de la modificación al artículo 152, se esgrime de modo puntual lo siguiente: “Artículo 2°.Adiciónese al artículo 152 de la Constitución Política un literal g) Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.” (Congreso de la República, 2012, p. 1).

Ahora bien, el artículo en el cual se exponen las propuestas modificatorias más extensas es el artículo 3 del Acto Legislativo 02 de 2012, referido al artículo 221 de la Constitución. A este respecto, en el artículo dos se mantiene la consideración general respecto del Fuero Militar, en tanto se refiere a los delitos

cometidos por los miembros activos de la Fuerza Pública, que deben ser juzgados bajo el Código Penal Militar por tribunales compuestos por miembros activos o en retiro de dichas fuerzas. Ahora bien, uno de los rasgos llamativos del Acto Legislativo 02 de 2012, es que señala que el Fuero Pena Militar no tiene jurisdicción alguna para juzgar crímenes cometidos por militares o policías, cuando estos se relacionan con crímenes de lesa humanidad, tortura, genocidio, desaparición forzada, violencia sexual, ejecución extrajudicial y desplazamiento forzado. No obstante, resulta llamativo que, de acuerdo a la propuesta del Acto Legislativo 02, la justicia castrense si debe tener conocimiento respecto de los demás actos violatorios del Derecho Internacional Humanitario. Por lo tanto, el Acto Legislativo 02 de 2012 amplía el radio de acción del Fuero Militar, en la medida en que le otorga la capacidad de ponerse en relación con un conjunto de actos que atentan contra los derechos humanos, cuando dicha posibilidad se encontraba cerrada, en tanto en cuanto sólo la justicia ordinaria tenía jurisdicción sobre los casos que violaban el Derecho Internacional Humanitario “En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. *Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales*” (Congreso de la República, 2012, p. 2). De este modo, cuando un miembro de la Fuerza Pública sea objeto de juicio por parte de alguna autoridad judicial debe hacerlo tomando como base el Derecho Internacional Humanitario; claro está, contextualizado y limitado en su interpretación por una ley estatutaria.

A esta segunda modificación del artículo 221 de la Constitución, se suma la exigencia de crear una comisión jurídica excepcional integrada tanto por miembros de la justicia castrense como de la ordinaria, con el objetivo de analizar y juzgar casos en los que existan dudas respecto de la competencia de la Justicia Penal

Militar para analizar actos presuntamente delictivos realizados por algún miembro de las Fuerzas militares o de la Policía Nacional “Si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública, ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial. La ley estatutaria regulará la composición y funcionamiento de esta comisión, la forma en que será apoyada por los órganos de policía judicial de las jurisdicciones ordinarias y penal militar y los plazos que deberá cumplir” (Congreso de la República, 2012, p. 2). Finalmente, el Acto Legislativo 02 de 2012 se encuentra compuesto por tres artículos transitorios (4, 5 y 6). El 4 se refiere a los delitos relacionados o no con el servicio. A este respecto se dice que los que vayan más allá de la jurisdicción militar señalada en dicho Acto Legislativo 02 (artículos 1, 2 y 3) permanecerán siendo investigados por la justicia ordinaria. En un plazo límite de un año la Fiscalía General de la Nación debe trasladar los casos de la justicia ordinaria que no le competen (a partir de lo señalado en este acto legislativo) a la Justicia Penal Militar. Además, se podrán evaluar los casos objeto de la justicia castrense con el objetivo de verificar si no pertenecen a la justicia ordinaria. Por su parte el artículo 5 da un plazo de tres meses para que el Presidente de la República cree las condiciones necesarias para poner en funcionamiento y vigencia la reforma a los artículos 221, 166 y 152 de la Constitución. Por último, el artículo 6 concluye afirmando “el presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación” (Congreso de la República, 2012, p.4).

Una vez expuesto de modo panorámico los elementos que constituyen de modo esencial la reforma al Fuero Militar que se expuso en el Acto Legislativo 02 de 2012, nos permitiremos concluir este artículo mostrando de modo sucinto algunos de los aspectos más criticados a dicha reforma. Así las cosas, en primera instancia es menester señalar que, con la modificación solicitada del artículo 221

de la Constitución, el poder de la justicia castrense se vería ampliado en lo que se refiere al ámbito de los derechos humanos. Es decir, que, antes que intentar establecer límites más fuertes a la jurisdicción de los Tribunales Militares para salvaguardar el Derecho Internacional Humanitario, el Estado colombiano estaría entrando en contradicción con uno de los sentidos en que le impele el Deber de Garantías, ya que no crearía las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan gozar de los derechos humanos. Esto se funda en el hecho de que sólo existirá un grupo de delitos relacionados con los derechos humanos, que quedarán de modo total bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria “Al aprobar recientemente una enmienda constitucional que amplía la jurisdicción militar para casos de violaciones a derechos humanos, Colombia le asestó un golpe contundente a la justicia. La reforma permitiría que graves crímenes contra los derechos humanos sean investigados y juzgados por la justicia militar (...) La enmienda otorga al sistema de justicia militar-conocido por los altos niveles de impunidad que confiere-"jurisdicción exclusiva" sobre todos los abusos militares "relacionados con el conflicto", salvo estos siete delitos: crímenes de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Sin embargo, existe un grave riesgo de que casos de "ejecución extrajudicial" y "violencia sexual" sean enviados a los tribunales militares, ya que estos crímenes no están codificados como delitos en la jurisprudencia colombiana” (U.S. Office en Colombia, 2013, p.1).

En segundo lugar, y siguiendo a Quiroga (2012), podría ser mencionado la posibilidad atente que existe de que miembros de la Fuerza Pública, bajo la figura de operaciones militares o ejercicios tácticos, vulneren los derechos ya no de sólo de los ciudadanos comunes de Colombia, sino de los mismos defensores del Derecho Internacional Humanitario. Esta preocupación quedó sentada en el informe ya mencionado del año 99, realizado por la Comisión Internacional para los Derechos Humanos “Igualmente, la Comisión sigue profundamente preocupada con los informes en donde se indica que, en algunas ocasiones, se

utiliza la inteligencia militar para facilitar las ejecuciones de defensoras y defensores de derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad del Estado o a través de grupos armados ilegales que actúan con la aprobación o aquiescencia de agentes del Estado. La Comisión ha señalado que tanto el seguimiento, como estas ejecuciones, dan lugar a la responsabilidad del Estado por violaciones flagrantes del derecho a la privacidad y a la vida, entre otros...” Comisión Internacional para los Derechos Humanos, Citado por: Quiroga, 2012.<sup>124</sup>

En tercera instancia, otro elemento que resulta preocupante respecto de las consecuencias que implica teóricamente el Acto Legislativo 02 de 2012 de acuerdo a lo señalado por el U.S. Office en Colombia (2013), es la posibilidad de que sea el sistema de justicia militar y no la Procuraduría General de la Nación se encargue de realizar las investigaciones preliminares respecto de actos presuntamente delictivos y violatorios del Derecho Internacional Humanitario. De esta manera, las ejecuciones extra-judiciales llevadas a cabo por los miembros de la Fuerza Pública y la articulación metódica de los falsos positivos será objeto de análisis previo por parte de la justicia castrense. Ahora bien, y en el caso de que exista conflicto en la investigación del caso no será la justicia ordinaria solamente quien estudie los hechos, sino que una comisión militar deberá trabajar conjuntamente con una comisión de la justicia ordinaria, con lo cual, será complejo que hechos que involucren militares o policías y que violen los derechos humanos sean juzgados imparcialmente.

## 2. Conclusión

A lo largo del presente artículo se intentó mostrar de modo sucinto pero riguroso la naturaleza del Fuero Militar, en tanto que se le asume como una instancia

---

<sup>124</sup> Quiroga, J. (2012). *Riesgo a la reforma del fuero militar en Colombia*. Bogotá: Corporación para la defensa y promoción de los derechos humanos Reiniciar. Disponible en: [http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO\\_MILITAR\\_JQC\\_2012\\_0.pdf](http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO_MILITAR_JQC_2012_0.pdf).

aprobada constitucionalmente, a través de la cual se administra justicia respecto de los actos y hechos delictivos relacionados con la función y el servicio en la Fuerza Pública de Colombia. En este orden de ideas, se hizo patente el hecho de que no debe verse en el mismo un privilegio de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Antes bien, debe asumirse como una jurisdicción especial en la que la justicia ordinaria no puede juzgar del modo más adecuado dada la naturaleza del ámbito militar. Agravado esto en el caso de Colombia, en el que un conflicto armado interno que viene de mediados de siglo pasado, obliga a un ejercicio intenso y constante de la Fuerza Pública. No obstante, y si seguimos a Quiroga (2012), es preciso anotar que las reformas constitucionales y las realizadas sobre el Código Penal Militar han generado un significativo avance en Colombia, en lo que se refiere a la defensa del Derecho Internacional Humanitario por parte del Estado. Por esta razón se justifica la crítica constante y la preocupación generada por el Acto Legislativo 02 de 2012, ya que este podría representar teóricamente una negación de los grandes avances logrados constitucionalmente en Colombia en materia de defensa de derechos humanos. Así, dicho acto legislativo representaría una negación de lo logrado en el país hasta este momento, razón por la cual incluir aspectos del Derecho Internacional Humanitario dentro de la jurisdicción de la justicia castrense resulta tan alarmante.

Así pues, es menester decir entonces que Colombia, con el advenimiento de la Constitución de 1991 ha evolucionado favorablemente en el establecimiento de límites al Fuero Militar con vistas a salvaguardar los derechos humanos de los ciudadanos. Por esa misma circunstancia, y atendiendo a la necesidad de meditar respecto de la evolución constitucional de la figura del Fuero Militar, es necesario mirar con detenimiento las consecuencias que podrían haber advenido teóricamente del Acto Legislativo 02 de 2012, para que en futuro constitucional de Colombia ratifique su interés por salvaguardar el Derecho Internacional Humanitario.

### 3. Bibliografía

Cermeño Petro, J.C. (2004). El Fuero Penal Militar en Colombia. Tesis de grado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídica.

Andreu-Guzmán, F. (2003). Fuero militar y derecho internacional. Bogotá: Opciones gráficas.

Código Penal Militar.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2015.

Sentencia C-141 de marzo 29 de 1995.

Ley 2550 de 1988 (anterior Código Penal Militar).

Quiroga, J. (2012). Riesgo a la reforma del fuero militar en Colombia. Bogotá: Corporación para la defensa y promoción de los derechos humanos Reiniciar. Disponible en: [http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO\\_MILITAR\\_JQC\\_2012\\_0.pdf](http://www.reiniciar.org/sites/www.reiniciar.org/files/FUERO_MILITAR_JQC_2012_0.pdf).

## Parte III: DERECHO PROCESAL PENAL

## “LEGITIMIDAD DE LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, MEDIANTE LA INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA DIGNIDAD HUMANA, LIBERTAD, INTIMIDAD Y DEBIDO PROCESO”

**Por:** Cecilia del Carmen Amador Duque<sup>125</sup>

**I. Resumen:** Colombia es un Estado Social de Derecho, en el cual todas las personas habitantes dentro del territorio nacional, gozan de la protección a los derechos fundamentales, como son los derecho a la dignidad humana, libertad, intimidad y debido proceso y estos son el pilar, el núcleo de todo el ordenamiento Jurídico. Los anteriores derechos fundamentales son aplicados en su esplendor en el Derecho Penal y Procesal Colombiano, toda vez que tiene como principios rectores la Dignidad Humana, y libertad de los cuales se desprenden los demás. En el Derecho Penal, la obtención de la prueba implica algunas veces la intromisión de los derechos fundamentales del individuo, que afectan a la esfera privada del ser humano, los cuales deben ser evaluados por el juez competente, esto es, el juez de Control de Garantías, que debe avalar si dicho procedimiento se encuentra ajustado a la preservación de los derechos fundamentales de ahí que se necesita realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad. En el presente artículo se expondrá el concepto de probar y de prueba judicial, los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, intimidad, y libertad en relación con la obtención de la prueba en el proceso penal, para así determinar la legitimación de la intromisión de estos últimos.

**II. Palabras Claves:** Prueba, Derecho Procesal, Dignidad Humana, Derecho a la Libertad, Intimidad, Debido Proceso.

---

<sup>125</sup> Abogada. Egresada de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

**III. Abstract:** Colombia is a rule of law, in which all people within the country enjoy the protection of fundamental rights such as the right to human dignity, freedom, privacy and due process and these are the mainstay, the core of the entire legal system. The above fundamental rights are applied in its splendor in the Colombian Criminal Law and Procedure, since it is on the principles of human dignity and freedom to which others are released. In criminal law, the taking of evidence sometimes involves the interference of the fundamental rights of the individual, involving the private sphere of the human being, which should be evaluated by the judge, that is, the judge Control guarantees to be guaranteed if the procedure is set to the preservation of fundamental rights hence the need to perform the test of proportionality and reasonableness. In this article the concept of testing and will be presented as evidence in court, fundamental to due process, human dignity, privacy, and freedom in relation to the taking of evidence in criminal proceedings, to determine rights legitimizing the interference of the latter.

**IV. Key Words:** Evidence, Litigation, Human Dignity, Right to Freedom, Privacy, Due Process.

## 1. Introducción

Probar es acreditar ante el juez, con el logro de la certeza o convicción de este, la existencia o inexistencia de un hecho o un acto jurídico, recurriendo al empleo de ciertos medios o elementos autorizados taxativos o libremente por la ley, practicados de acuerdo con el ordenamiento jurídico<sup>126</sup>. Según el Doctor Jorge Tirado Hernández, se entiende por prueba judicial los medios o instrumentos empleados en un proceso para llevarle al juez el conocimiento de los hechos; verbigracia, documentos, testimonios, confesión, peritación, etcétera. En este

---

<sup>126</sup> Tirado Hernández Jorge. *Curso de Pruebas Judiciales*, Tomo I. Parte General. Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. pág., 103.

mismo sentido se dice que la prueba judicial es el hecho indiciario plenamente probado, que por vía de inferencia analógica nos lleva al conocimiento de otro hecho que nos era desconocido por entero lo cual configura la llamada prueba circunstancial<sup>127</sup>.

Son tanto los medios o instrumentos, como los motivos o razones, y también la convicción, convencimiento o certeza que se produce en la persona del juzgador. La prueba judicial, entendida en esa forma amplia, supone para su existencia el cumplimiento de una serie de reglas de procedimientos que debe atenderse en la investigación, solicitud y presentación, aseguramiento, cadena de custodia, admisión y decreto, practica, contradicción, valoración y asunción de los medios de prueba de cuyo contenido, en conjunto, debe servirse el juez para tratar de formar su convicción o convencimiento<sup>128</sup>.

Sobre este último concepto, es importante resaltar que todo parte de un procedimiento que debe ser legal y lícito, se debe ajustar a derecho con el fin que el resultado final también lo sea. Sin embargo, seguirse estrictamente el procedimiento de derecho, en todos los casos puede dar como consecuencia que la verdad real no salga a la luz.

### **1.1. La Obtención de la Prueba y los Derechos Fundamentales**

Para obtener la prueba no solo en el sistema penal sino en todas las áreas del derecho, no solo debe tenerse en cuenta el debido proceso, contemplado en la Constitución Política de Colombia, sino también los derechos fundamentales, entendidos estos, como aquellos que nacen con el ser humano, que son

---

<sup>127</sup> *Ibidem.*

<sup>128</sup> *Ibidem.*

inherentes y que El Estado Colombiano, no puede cegarse frente a ellos para la obtención de cualquier fin.

La frase utilizada por Nicolás Maquiavelo<sup>129</sup> de “el fin justifica los medios”, no puede ser utilizada por las personas encargadas de demostrar la inocencia o culpabilidad del individuo y para demostrar su competencia frente al caso; Aclarando que tanto Fiscales, Defensores y el Gobierno Nacional se dejan llevar por la adrenalina del caso y pretenden obtener su resultado como de lugar, como lo es los testigos falsos, la interceptación de comunicaciones sin la legalización ante el Juez de Control de Garantías.

El Doctor Hernando Devis Echandía en su libro de Principios Generales de la Prueba Judicial, cita a Ada Pellegrini y manifiesta que “*los estados modernos no pueden argumentar que el fin de la defensa social*”, justifica la búsqueda de la verdad a cualquier precio. La búsqueda de la verdad no puede ser una aspiración que logre su satisfacción a costa de libertad y de los derechos de la persona<sup>130</sup>.

Los derechos fundamentales como a la dignidad humana, libertad, intimidad y debido proceso, consagrados en los artículos 1, 13, 15 y 29 son unos de los pilares en todo el procedimiento penal, toda vez que si no se tienen en cuenta todo el procedimiento es nulo o parte de él dando como consecuencia que las pruebas obtenidas con violación de aquellos sea una prueba ilícita.

Entiéndase como prueba ilícita aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio y su proscripción es consecuencia de la

---

<sup>129</sup> Maquiavelo, Nicolás (2011). Juan Manuel Forte Monge, ed. Obra selecta: *El príncipe; El arte de la guerra; Discursos sobre la primera década de Tito Livio; Vida de Castruccio Castracani; Discursos sobre la situación de Florencia tras la muerte del joven Lorenzo de Médicis*. Biblioteca de Grandes Pensadores. Madrid: Editorial Gredos.

<sup>130</sup> Devis Echandía Hernando. *Principios Generales de la Prueba Judicial*. Bogotá. Editorial ABC. 1985. Pág. 25

posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables<sup>131</sup> y la prueba ilegal como aquella que viola una norma legal. Sin embargo, aún no existe uniformidad respecto a la prueba ilícita e ilegal.

La Corte Constitucional en sentencia SU-159/02 sostuvo: *“El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación al debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando los derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones lícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita”*.<sup>132</sup>

## **1.2. Derecho Fundamental al Debido Proceso**

El artículo 29 de la Constitución Política indica *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”*<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> *Ibidem.*

<sup>132</sup> Sentencia SU-159 de 2002. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

<sup>133</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*<sup>134</sup>

El debido proceso, es la base de todo procedimiento, con el son atados otros derechos fundamentales que le siguen y que se debe tener en cuenta para así no quebrantar la norma y los derechos fundamentales del individuo.

El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.<sup>135</sup> La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa

---

<sup>134</sup> *Ibidem.*

<sup>135</sup> *Ibidem.*

un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P)<sup>136</sup>.

En el Derecho Penal, el derecho fundamental al debido proceso se centra en la valoración de la prueba ilícita o no. Se parte del principio que en un Estado Social de Derecho todas las actuaciones judiciales deben regirse por un debido proceso, toda vez que si trae la ilegalidad o ilicitud al proceso, el órgano judicial perdería credibilidad.

El Doctor Hernando Devis Echandía, en su libro de Teoría General de la Prueba Judicial, cita a Winfried Hassemer cuando dice:<sup>137</sup> *No existe ningún tipo de igualdad de armas entre la criminalidad y el Estado que la combate en el sentido de una permisión a los órganos estatales para utilizar todos los medios que se encuentren al alcance de los criminales. El estado necesita, también de cara a la población, una prevalencia moral sobre el delito, que no solo sea fundamentada normativamente sino también actúe de manera práctico simbólica. El estado no puede utilizar métodos criminales ya que perdería esta prevalencia y con ello, y a*

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional C-980 de 2010. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

<sup>137</sup> Devis Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Segunda Edición, Editorial Víctor de Zavalía, p. 450.

*largo plazo, pondría en peligro la credibilidad y la confianza de la población en el orden jurídico estatal.*

La posición anterior, enfocada hacia la criminalidad y seguramente para el proceso penal, es en su totalidad, aplicable por ejemplo, al proceso civil, cada vez que el Estado a través del órgano judicial inmacula una prueba ilícita o ilegal, as sea en el proceso civil, se deslegitima, pierde credibilidad y cada día le costara más trabajo hacer que se cumpla sus decisiones, porque la ilegitimidad trae desobediencia “justificada”<sup>138</sup>.

### **1.3. Derecho Fundamental a la Dignidad Humana**

La Dignidad Humana, es aquel derecho que además de nacer con la persona y permanecer con ella durante toda su existencia, es la base de todo el ordenamiento jurídico y es la base del Estado Social de Derecho de Colombia. El Congreso de Colombia, no podría crear, modificar y eliminar nuevos delitos sin tener en cuenta los derechos fundamentales, derechos humanos entre todos el más importante la dignidad humana.

La dignidad humana aparece como norma rectora en el artículo 1 del Código Penal, y expresa “*El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana*”, es decir que es parte esencial del ser humano, es previa a cualquier ordenamiento normativo y ella no requiere para su subsistencia reconocimiento jurídico alguno tal como lo expone el autor mencionado.

Aunado a lo anterior, se infiere que todas las actuaciones que se surtan dentro de un proceso penal, debe sujetarse al núcleo, es decir la dignidad humana. Ello quiere decir que cuando la policía judicial captura a un individuo en situación de

---

<sup>138</sup> Devis Echandía Hernando. *Óp. Cit.* Pág. 25

flagrancia, debe velar por salvaguardar la garantía de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la dignidad humana. No puede maltratar física ni psicológicamente al presunto autor de la conducta punible.

Es tan elevada la protección a este derecho que si el Juez de control de Garantías, encuentra que hubo vulneración a la dignidad humana del Indiciado en el material probatorio exhibido por la Fiscalía General de la Nación y del interrogatorio y conainterrogatorio dado por la defensa y Fiscalía durante la audiencia de legalización, se da la libertad al Indiciado. En el campo del Derecho Probatorio, se vislumbra que el derecho fundamental a la dignidad humana es indispensable en todo momento, desde la obtención de la prueba hasta el momento de valoración de la misma lo cual determinara si esta será rechazada o es admisible realizar.

En la sentencia C -822 de 2005, la Honorable Corte Constitucional preciso que cuando se trata de delitos penales sexuales, son inadmisibles las que indaguen sobre comportamiento sexual de la víctima. Las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.<sup>139</sup>

De igual manera, precisó que para la obtención de muestras del imputado se debe seguir unas condiciones para el respeto a la dignidad humana en ese sentido expresó: *“Si bien la norma no expresa que en la obtención de muestras se deban*

---

<sup>139</sup> Sentencias SU-159 de 2002, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

*observar todo tipo de consideraciones a la dignidad humana, ello no exime al personal técnico y médico que participe en dichos exámenes de respetar la dignidad de las personas y de evitar su exposición innecesaria a situaciones humillantes. En consonancia con ello, es compatible con la dignidad humana: (i) que no se someta innecesariamente al imputado a la repetición de exámenes genitales o anales para la obtención de dichas muestras; (ii) que se adopten medidas adecuadas para evitar dolores; (iii) que la obtención de las muestras la haga personal con entrenamiento científico; (iv) que la medida se realice en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado; y (v) que se guarde la debida reserva de la identidad de la víctima.*<sup>140</sup>

Lo anterior, resulta razonable, toda vez que como bien se expuso anteriormente Colombia es un Estado Social de Derecho y debe velar por el respeto a la dignidad Humana de todos los ciudadanos y habitantes que se encuentren el territorio nacional. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociedad se podría pensar que el trato debe ser igual con que el indiciado e imputado que realizó el acceso y acto sexual con su víctima. Al mismo tiempo, se abre una brecha entre la importancia de salvaguardar los derechos fundamentales de las partes en el proceso a toda costa y el sentimiento que genera esta clase de actuaciones a la sociedad, lo que conlleva a pensar que el permitir que la sociedad, o las víctimas tomen justicia por su cuenta y el no importar proteger los derechos fundamentales como la dignidad humana estaríamos en un Estado de anarquía.

Aunado a lo anterior, se debe seguir con el procedimiento en caso de lesionado o de víctimas de agresiones sexuales contemplado en el artículo 250 al respecto la Honorable Corte Constitución en la citada sentencia esbozo: “*En primer lugar, la Corte considera que las medidas previstas en las normas acusadas implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (artículo 1, CP), por lo tanto, siempre es necesario que se acuda al juez*

---

<sup>140</sup> *Ibídem.*

*de control de garantías para solicitarle que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 numeral 3 de la Constitución. En segundo lugar, el juez de control de garantías al cual el fiscal le solicite la autorización de la medida debe analizar no sólo su legalidad y procedencia, entro otros, sino ponderar si la medida solicitada reúne las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto. El juez puede autorizar la medida o negarse a acceder a la solicitud. Esta determinación puede obedecer, principalmente, a dos tipos de razones: (a) las que tienen que ver con la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (b) las que resultan de analizar si en las condiciones particulares de cada caso la medida solicitada reúne tres requisitos: ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); no existir un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y que al ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal y las circunstancias específicas en que se encuentra, de otro lado, se concluya que la medida no es desproporcionada (proporcionalidad).<sup>141</sup>*

#### **1.4. Derecho Fundamental a la Intimidad**

El derecho a la intimidad se encuentra consagrada en la Carta Magna en el artículo 15 e indica: *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”<sup>142</sup>*

---

<sup>141</sup> *Ibídem.*

<sup>142</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.*<sup>143</sup>

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental y que pertenece a la esfera privada del ser humano y que debe ser respetada en su integridad; solo por vía de excepción el Estado con la autorización judicial puede entrometerse en este, cuando resulte necesario realizarlo para un fin específico el cual debe ser autorizado por un Juez de Control de Garantías, para velar que realmente se garanticen la protección a los derechos fundamentales como es el caso de la intimidad.

En Sentencia T-634 del 2013,<sup>144</sup> la Corte Constitucional indico que con relación al derecho a la intimidad, la Corte ha sostenido que el objeto de este derecho es “garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros” y que “la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad” forma parte de esta garantía. Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad “permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores” y que la protección “de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares” es un “prerrequisito para la

---

<sup>143</sup> *Ibidem.*

<sup>144</sup> Sentencia T-634 del 2013. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo”.

El artículo 14 del Código Procesal Penal, expresa: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley. De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones. En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de Control de Garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.”*<sup>145</sup>

En la obtención de la prueba en el proceso penal este Derecho Fundamental, se evidencia también en la obtención de muestra sobre el cuerpo físico de la víctima, indiciado e imputado, toda vez que se sobrepasa la esfera privada del individuo.

La Corte Constitucional en Sentencia C -822 DE 2005,<sup>146</sup> manifestó que *“la obtención de muestras corporales implica algún tipo de inspección corporal que comporta una incidencia media o alta en este derecho, dependiendo del procedimiento empleado, de la parte del cuerpo sobre la que recae el procedimiento, y del tipo de muestra corporal. Así, resulta altamente invasiva de la intimidad del imputado, la obtención de muestras de fluidos que se encuentran en las cavidades anales, genitales, o vaginales. La obtención de muestras puede*

---

<sup>145</sup> Ley 906 de 2004.

<sup>146</sup> Sentencia C -822 DE 2005. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

*también implicar una invasión menor, por ejemplo, cuando se trata de huellas de pisadas, o de saliva, para cuya obtención no es necesario entrar en contacto con los órganos sexuales o los senos del imputado o imputada”.*

El imputado, víctima puede que se niegue a la realización de dicha prueba porque se siente agraviado con la obtención de la misma, es decir puede negarse, actitud que debe analizar tanto el juez de Control de Garantías, los galenos que le realizaran la prueba y la Fiscalía quien solicite la misma y que se debe sopesar con los intereses jurídicos encontrados.

Tratándose de delitos sexuales, el Juez debe observar detenidamente que la intromisión al derecho de intimidad del indiciado, e imputado es necesaria, resulta indispensable para el proceso y se debe realizar obligatoriamente aunque el procesado no preste su consentimiento, porque la libertad, integridad y formación sexual se vieron quebrantado.

Ahora bien, resultaría necesario la intromisión al derecho a la intimidad tratándose de delitos sexuales, porque determinara la culpabilidad o no del individuo y surgiría la pregunta ¿porque ha de negarse el procesado, a la obtención de fluidos por ejemplo, si se trata de un acceso carnal violento, sí quien deterioro el derecho a la libertad, a la integridad y a la formación sexual de la víctima fue él?

Es decir resulta legítima la intromisión por parte del Estado al derecho fundamental a la Intimidad, aun cuando no preste el consentimiento el imputado porque los intereses jurídicos tutelados y la protección de los derechos de las víctimas pesaran siempre aún más, sobre los derechos del imputado y consecuente con ello resultaría proporcional la medida.

Respecto de lo anterior la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C -822 DE 2005, expreso: *“En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención*

*de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales. Así, entre mayor sea la importancia de los bienes jurídicos tutelados penalmente y mayor el grado de desprotección en que quedarían las víctimas si se niega la obtención de la muestra corporal, la oposición del imputado a la realización de la medida, pesa menos. Así por ejemplo si el imputado en un delito contra la libertad sexual, se niega a dar su consentimiento para la obtención de una muestra que permita el cotejo con el semen encontrado en el cuerpo de la víctima, esta negativa tiene un menor peso específico frente a la finalidad del Estado en esclarecer este tipo de delitos. Tal negativa tiene aún menor peso, cuando la víctima es un menor de edad, o cuando existen varias víctimas”.*<sup>147</sup>

En relación con la interceptación de comunicaciones para no afectar el derecho a la intimidad siempre debe hacerse un control previo y posterior. La Corte Constitucional en Sentencia C-334 de 2010, manifestó “*Respecto de la oportunidad del control judicial sobre las actuaciones de la Fiscalía y de la policía judicial existen diferencias entre el que opera de modo previo y el que ocurre con posterioridad. En el caso del control previo, procede una actuación judicial que pondera entre los intereses de la investigación, las razones aducidas por la Fiscalía, el delito investigado y las condiciones del sujeto sobre quién o sobre cuyos intereses se practicaría la actuación, a fin de evitar una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en poco o nada asegure verdad al proceso y al contrario, afecte desproporcionadamente ámbitos de la intimidad y privacidad de la*

---

<sup>147</sup> Sentencia C -822 DE 2005. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

*persona implicada. Lo que hace el juez es proteger los derechos del sujeto investigado, impedir que las prerrogativas del Estado asignadas a la Fiscalía y a su aparato técnico, se usen sin finalidad concreta, sin justificación, inútilmente y de modo desproporcionado, desconociendo el carácter ius fundamental y especialmente protegido de los bienes jurídicos reconocidos en los derechos individuales sobre los que la actuación investigativa opera. En tanto que en el control judicial posterior, que es excepcional y procedente para las medidas que de modo taxativo señaló la Constitución en el numeral 2º del artículo 250, se atienden no sólo aspectos formales sino materiales y por tanto relacionados con los derechos y garantías fundamentales en juego, y se produce sobre una diligencia que ya se ha ejecutado y en la que ya se han afectado derechos fundamentales. En tal sentido, la actuación judicial no previene la injerencia ilegítima sobre éstos, como sucede en el control previo, y en caso de encontrar que efectivamente la Fiscalía y/o la policía judicial han actuado con desconocimiento de las reglas y principios normativos que regulan las actuaciones correspondientes, la garantía judicial sirve es para reparar los derechos limitados en exceso pero en términos procesales, es decir, excluyendo del expediente la evidencia recaudada con violación de los protocolos, garantías y procedimientos.*<sup>148</sup>

*Las actuaciones de la Fiscalía contempladas tanto en el numeral 2º como en el 3º del artículo 250 constitucional, representan la excepción y la regla –en su orden- a la garantía de la reserva judicial, existente para preservar durante el trámite de las investigaciones criminales los derechos fundamentales. En ambos casos implican cierta afectación de derechos fundamentales y tienen por propósito recaudar evidencias y elementos materiales probatorios, que de manera justificada y razonable permitan vincular la ocurrencia del delito con determinados sujetos. De ahí que su procedencia debe someterse a las exigencias formales y materiales*

---

<sup>148</sup> Sentencia C-334 de 2010. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

*previstas en la ley y en desarrollo de ella, a los protocolos dispuestos por las autoridades competentes según los métodos de científicos aplicables.*<sup>149</sup>

## **1.5. Derecho a la Libertad**

El artículo 28 C.P. se estructura como verdadera reglas constitucionales, “encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental”. Así, de acuerdo con ese precepto “nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino i) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) con las formalidades legales y iii) por motivo previamente definido en la ley. El texto precisa así mismo que iv) la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley, y advierte finalmente que v) en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (...)”. Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera “tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad”, con lo cual el juez se convierte en el más cierto garante de la libertad. Una condición que “se afianza sobre los rasgos de autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones (...)”<sup>150</sup>.

El artículo 2 del Código Penal Procesal expresa “[Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007] Toda persona tiene derecho a que se respete

<sup>149</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

<sup>150</sup> Sentencia C- 239 de 2012. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

*su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada. En todos los casos se solicitara el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.*<sup>151</sup>

Este derecho fundamental se limita cuando existe una orden de captura que previamente ha sido impartida por el juez de Control de Garantías, se captura al individuo en situación de Flagrancia. Se presume que cuando existe limitación al derecho a la libertad, es porque el individuo ha cometido un delito, ha infringido la norma penal, lo que en principio resulta lógico y necesario privarlo para poder determinar si se ha cometido el delito o no. En la gran mayoría de los casos, cuando un individuo es requerido por una autoridad judicial, para que se presente al proceso, es porque existe un grado de probabilidad de la comisión de la presunta conducta punible, es decir el Juez de Control de Garantías ha realizado el estudio de los elementos probatorios contentivos en la carpeta que expone la Fiscalía.

De igual forma, esta restricción se aplica cuando se encuentre al individuo cometiendo la conducta punible en situación de flagrancia, la cual es legítima, toda vez que el Estado Colombiano debe velar, brindar por la seguridad, protección, de

---

<sup>151</sup> Ley 1142 de 2007.

todos los derechos fundamentales de los habitantes del territorio Colombiano; sin ello sería imposible disfrutar de todas las garantías y derechos que se nos brinda. Es de resaltar, que muchas veces, las autoridades como la policía se exceda en sus funciones y no se ajusten a la realidad procesal desde el inicio, es decir limitan el derecho a la libertad presentando pruebas que no son como si lo fuesen, como lo es la imposición de armas al presunto autor de la conducta punible, cuando en la realidad no las tenía, dando como consecuencia su “captura”, la investigación que se sigue por la Fiscalía General de la Nación y las audiencias como de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de Aseguramiento. Procedimiento que si se encuentra que todo lo expuesto por policía judicial es un disfraz, el derecho a la libertad del procesado quedo quebrantado y no fue legítimo que se le privara al derecho de libertad.

De otra arista, la restricción al derecho a la libertad solo puede darse durante el termino de 36 horas, es decir no debe exceder de ese tiempo, y si se hace se cometería una arbitrariedad de la libertad y es el tiempo justo y necesario para que la Fiscalía General de la Nación recopilen pruebas y las presente ante el Juez de Control de Garantías.

En Sentencia C -163 del 20 de Febrero de 2008, la Corte Constitucional indico:<sup>152</sup> “Después de dar una mirada sistemática de la institución del control de legalidad de la captura en cualquiera de sus modalidades, bien como consecuencia de una autorización judicial previa, en virtud de la flagrancia o en ejercicio de la facultad excepcionalita de la fiscalía, la Corte concluyo que el límite de 36 horas establecido en las diversas disposiciones que regulan la materia, tiene como propósito suministrar un límite temporal para que se lleve a cabo el control de legalidad y evitar privaciones arbitrarias de la libertad. Esta interpretación resulta congruente con el carácter restrictivo de las disposiciones que prevén afectaciones

---

<sup>152</sup> Sentencia C -163 del 20 de Febrero de 2008. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

a la libertad. Es además la única compatible con los postulados constitucionales *pro libertati* y reserva legal y judicial de las restricciones a la libertad, en cuyo marco es inadmisibles una privación de un plazo para el respectivo control de su legalidad, que conforme a los mandatos constitucionales tiene un límite de 36 horas”. De todo anterior, se desprende que la intromisión al derecho a la libertad resulta legítimo, dependiendo de las circunstancias que rodean cada caso y si se ajusta al procedimiento contentivo en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

### **1.6. Realización de Test de Proporcionalidad y Razonabilidad**

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia C -022 de 1996, manifestó: “El “test de razonabilidad”<sup>153</sup> es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

---

<sup>153</sup> Sentencia C -022 de 1996. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

El uso de “un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad<sup>154</sup>. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.”<sup>155</sup>

En sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional indica cuales son los factores que se deben tener en cuenta por parte del Juez al momento de realizar una inspección corporal del imputado y expuso *“Aun cuando la inspección corporal está orientada a la recuperación de elementos materiales probatorios que aseguren estos fines imperiosos, tales fines planteados de manera abstracta no aseguran que la autorización de la práctica de la inspección corporal para la*

---

<sup>154</sup> Para una exposición completa de las dos metodologías puede consultarse César A. Rodríguez “*El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*” en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pp. 257 y ss.

<sup>155</sup> Sentencia T-577 de 2005. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

*investigación de cualquier delito sea proporcionada. El examen, en cada caso concreto, de esa proporcionalidad en sentido estricto exige que se sopesen, por un lado, entre otros factores, (i) la gravedad del delito -teniendo en cuenta para ello, la pena prevista, (ii) el número de víctimas y su vulnerabilidad, (iii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iv) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas y para el interés general en que se sancione a los responsables de un delito, el hecho de que se negara la práctica de la inspección corporal, y (iv) el valor probatorio de la evidencia material buscada a la luz del programa de investigación; y, por el otro lado, (v) el grado de incidencia de la inspección corporal en los derechos del individuo, teniendo en cuenta, entre otros factores (a) el tipo de medida cuya autorización se solicita, (b) la parte del cuerpo sobre la que recae, (c) el tipo de exploración que tal medida implica (si requiere el empleo de instrumental médico, si supone algún tipo de incisión en la piel, la necesidad de emplear anestesia general, etc.), (d) la profundidad y duración de la inspección, (e) los efectos y riesgos para la salud del individuo, (f) la necesidad de cuidados especiales después de que se realice la inspección, etc.*

Este principio es importante realizarlo por el Juez de Control de Garantías, en cada caso en concreto, ya sea interceptación de comunicaciones, orden de captura, control posterior de interceptaciones entre otros, toda vez que hay que confrontar los valores, intereses, para determinar si la medida es necesaria.

## 2. Conclusión

La obtención de la prueba en el proceso penal, debe ajustarse a procedimientos señalados por la Constitución y la norma, con el fin de salvaguardar los derechos constitucionales y fundamentales del procesado, víctima y terceros. Los derechos fundamentales, se encuentran limitados a las conductas que el ser humano

realiza en sociedad, es decir nuestros derechos llegan hasta donde comienzan los de los demás.

La intromisión a los derechos como a la dignidad humana, debido proceso, intimidad y libertad resultan legítimos siempre y cuando se garantice la efectividad a través del juez de garantías quien es el que verificara si resulta adecuado, pertinente, y necesario violar la esfera privada del ser humano. Es decir, el procesado no puede valerse de la plenitud del gozo de aquellos cuando se ha infringido la norma, y por ende el Estado se inmiscuye en ellos para velar por la seguridad de la sociedad. Lo importante de todo, es que sea concordante la verdad real con la verdad procesal, aunque se vean limitados los derechos de quien comete la conducta punible.

### 3. Bibliografía

César A. Rodríguez “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pp. 257 y ss.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Corte Constitucional C-980 de 2010. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Devis Echandía Hernando. Principios Generales de la Prueba Judicial. Bogotá. Editorial ABC. 1985. Pág. 25.

Ley 906 de 2004.

Maquiavelo, Nicolás (2011). Juan Manuel Forte Monge, ed. Obra selecta: El príncipe; El arte de la guerra; Discursos sobre la primera década de Tito Livio; Vida de Castruccio Castracani; Discursos sobre la situación de Florencia tras la muerte del joven Lorenzo de Médicis. Biblioteca de Grandes Pensadores. Madrid: Editorial Gredos.

Sentencia C -022 de 1996. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia C -163 del 20 de Febrero de 2008. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia C- 239 2012. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia C -822 DE 2005. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia C -822 DE 2005. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia C-334 de 2010. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia SU-159 de 2002. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia T-577 de 2005. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencia T-634 del 2013. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Sentencias SU-159 de 2002, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de julio de 2014.

Tirado Hernández Jorge. Curso de Pruebas Judiciales, Tomo I. Parte General. Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. pág., 103.



## **Parte IV: POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL**

## “ANÁLISIS DEL DECRETO 0683 DE 2013 EN LOS ÍNDICES DE HOMICIDIO COMO VALIDEZ DE UNA POLÍTICA CRIMINAL EN EL DISTRITO DE CARTAGENA”

**Por:** Gloria Mixsue Montoya Rincón<sup>156</sup>

**I. Resumen:** La ciudad de Cartagena de Indias se ve agobiada por unos altos índices de criminalidad en lo que respecta a delitos de alto impacto como el homicidio y las lesiones personales, sin embargo se han tomado medidas de refuerzo que intentan prevenir la realización de éstas conductas punibles y preservar la vida y la integridad de los cartageneros, una de éstas medidas fue la expedición del Decreto 0683 de 2013 que impuso el cierre de establecimientos de expendio de bebidas embriagantes después de las 22:00 horas en los barrios más críticos de Cartagena. Este proyecto de investigación pretende indagar por la real validez que ha tenido una medida que en su principio fue generadora de choque por la cultura fiestera predominante, pero que siguiendo los planteamientos nacionales de evolución en la cultura ciudadana pretendió reducir los índices de criminalidad.

**II. Palabras Claves:** Política Criminal, Libertad de Configuración Legislativa, Índices de Criminalidad, Reducción del Delito, Conducta Punible, Establecimientos Públicos, Delincuencia.

**III. Abstract:** The city of Cartagena de India's is burdened by high crime rates related to high-impact crimes such as homicide and infliction of personal injury. However back-up measures have been taken in order to prevent the completion of these punishable acts and to preserve the life and integrity of Cartagena's

---

<sup>156</sup> Abogada. Egresado de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

individuals. One of these measures was the issuance of Decree 0683 of 2013 which imposed the closure of establishments that expend alcoholic beverages after 22:00 hours on the most critical areas of Cartagena. This research project aims to investigate the actual validity of a specific measure which was a shock treatment issue at the beginning, but by following national approaches in civic culture's evolution pretended to reduce crime rates.

**IV. Key Words:** Criminal Politics Legislative Configuration Freedom, Crime Rate, Crime Reduction, Punishable Conduct, Public Establishment, Crime.

## 1. Introducción

La teoría de la imputación objetiva nace en el seno de la dogmática penal alemana, especialmente para superar la teoría del casualismo penal, que tenía como criterio para determinar la responsabilidad penal estrictamente objetivos desde la comisión del acto de desvalor, es decir solo se tenía en cuenta la realización de la misma conducta punible. La imputación objetiva<sup>157</sup> supera la llamada responsabilidad objetiva, solo se atiende la ocasión del daño de la lesión del bien jurídico tutelado, sin tener en cuenta consideraciones especiales a los elementos subjetivos del tipo, estableciendo solo un nexo de causalidad estrictamente material, entre el actor o agente que desarrolla la posible conducta criminal, y el sujeto pasivo de la conducta, configurándose en una posible víctima del injusto penal.

---

<sup>157</sup> “La imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra imputación pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo. En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de averiguar cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta. La expresión imputación objetiva se distingue de la expresión imputación subjetiva en referirse a algo objetivo y no subjetivo, pero no aclara al significado de lo objetivo a lo que se refiere. Siendo un concepto creado por juristas, su preciso significado depende del sentido que le demos los juristas”. (p. 8-9). En: Puig, S. M. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. Revista electrónica de ciencia Penal y criminología. N°. 5. pp. 1-19.

En este orden de ideas, la responsabilidad basada en criterios estrictamente objetivos no tiene elementos como los de la previsibilidad o no de la conducta, la realización bajo medios en los que obre un actuar o no bajo los elementos específicamente volitivos del tipo, tal como lo indica el profesor Nodier Agudelo (2007):<sup>158</sup>

*A la responsabilidad objetiva también se le conoce como “responsabilidad por el hecho”. Un sistema penal consagra un tipo de responsabilidad objetiva cuando para someter al individuo a una sanción se satisface con la comprobación de un nexo de causalidad física entre el autor y el hecho que considera dañoso, independientemente de que en ese hecho ocurran fenómenos subjetivos. El sujeto es responsable con la sola comisión material del hecho, aunque respecto de este no haya habido ni siquiera simple ligereza por parte del sujeto. En tal sistema de responsabilidad no se indaga por los elementos subjetivos de la acción, ni si el sujeto previó el resultado, o si este era previsible.*

Entendiendo así, la teoría de la imputación objetiva como una conceptualización más acertada de la responsabilidad penal por el desvalor de la acción<sup>159</sup>, orientada al funcionalismo jurídico penal, en la superación de aspectos estrictamente normativistas o desde la presentación de un normativismo<sup>160</sup> puro del derecho

---

<sup>158</sup> Agudelo, N. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 9).

<sup>159</sup> “La imputación no puede incluir elementos independientes de la decisión de voluntad, solo lo que este en el ámbito de esta decisión puede contraponerse a la norma, porque también solo en este ámbito puede influir la norma sobre el autor. Podríamos preguntarnos entonces, si este modelo, que restringe el juicio de ilícito al puro desvalor de acción, entendido como desvalor de acción, entendido como desvalor de la voluntad.”(p. 18). En: Sancinetti, M. (1996). ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultado? Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

<sup>160</sup> “El carácter normativo del derecho, propende a dar respuesta a todos los problemas jurídicos desde la teoría de las normas, siendo una concepción del fenómeno jurídico nomocéntrica. Para un análisis detallado de los alcances del normativismo, observara a: Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Primera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España. (...) no cabe duda que donde hay

penal<sup>161</sup>. El artículo responde a ser una investigación de tipo jurídica básica, indagando sobre la dimensión de la validez del derecho, ya que nuestras confrontaciones son eminentemente normativas, aclarando que el uso del modelo argumentativo con el que se proponen los temas de debate, giran en torno al discurso jurídico general desde la razón práctica. Para ellos problematizamos nuestro núcleo básico, el cual es: del desarrollo del Análisis a la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor. Sobre los tres ejes tópicos de operacionalización del problema respondiendo a nuestra idea central de discusión. Una aproximación teórico-conceptual a la teoría de la imputación objetiva como configuración de sus elementos comunes. La configuración punitiva de los delitos imprudentes en la dogmática penal moderna y la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez.

---

derecho hay también normas, normas jurídicas. Tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio) como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (los contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias y resoluciones en general) que constituyen probablemente las tres formas principales bajo las cuales se nos presenta hoy el fenómeno del derecho son tipos de normas. Por algo el normativismo, la idea de que el derecho consiste esencialmente en normas, es, de una u otra forma, la concepción del derecho dominante entre juristas". (p. 59). En: Atienza, M. (2001). El sentido del derecho. Primera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España.

<sup>161</sup> "Con todo, el esfuerzo del constituyente de 1991 por racionalizar el sistema de justicia penal en Colombia resultó fallido. Ello fue así por cuanto en estricto sentido no se dividieron las funciones de investigación, acusación y juzgamiento ya que, si bien la Fiscalía General de la Nación se configuró como una institución autónoma de los tribunales y los jueces, con atribuciones para investigar y acusar, ella se mantuvo como una autoridad judicial con facultades constitucionales para imponer medidas restrictivas de derechos fundamentales, proferir medidas de aseguramiento contra personas y bienes y ordenar preclusiones con valor de cosa juzgada. Todo ello con el agravante de la inexistencia de control judicial alguno ya que si bien existían garantías como el habeas corpus y el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, su cobertura era sustancialmente limitada". (p. 3). En: Urbino. J. (2005). Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.

## 1.1. Una aproximación teórico-conceptual a la teoría de la imputación objetiva como configuración de sus elementos comunes

Los primeros fundamentos de la teoría de la imputación objetiva remontan a la Teoría Hegeliana, según la cual un modelo de imputación se debía basar solo en las conductas que modificaban el mundo exterior desde el mismo actuar individual de la persona, es decir, de la exteriorizaciones que causaban alguna diferencia con el mundo de las ideas humanas, desde la misma conciencia o *pensamiento criminal de representación*, a una verdadera *materialización de la conducta del desvalor* punitivo en la configuración misma de la acción. Dejan a un lado factor o externalidades secundarias o tercerías en la posible comisión por parte del agente en la actividad prohibida por el Estado, perseguida y castigada desde *el ejercicio del ius puniendi*.

Frente a la concreción de la Teoría de la imputación objetiva, en sentido estrictamente jurídico, esta genera de la postulación del principio de autorresponsabilidad, para inferir un tipo de responsabilidad en la relación no de causalidad sino de los riesgos en la infracción penal frente a un actuar determinado, se considera la imputación a cada persona de su propia obra, que en términos de derecho penal positivo, el principio de autorresponsabilidad representa inconvenientes de determinación jurídica en consideración del principio de legalidad:

*El principio de mera legalidad, que actúa con arreglo a la fórmula nulla poena, nullum crimen sine legen como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes o positivamente existentes y solo de ellas, tiene en efecto para el jurista el valor de una regla meta-científica, a la que llamare primer postulado del positivismo jurídico: se trata más exactamente, de una regla semántica que identifica el derecho*

*vigente como derecho objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que solo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes solo dicen que es delito (y no también que es pecado). (Ferrajoli, 2009, p. 374).<sup>162</sup>*

Configurándose así, en el Estado de derecho legislativo<sup>163</sup> en el ámbito de las leyes penales, que no solo guarda una especie limitada de proporcionalidad del derecho penal y del deber de reprochar las conductas que generan un desvalor en la sociedad.

En la medida del principio de legalidad de las leyes penales, el principio de autorresponsabilidad, como componente de la imputación objetiva, no cumpliría los límites competenciales frente al ejercicio del legislador penal, pues al ser considerado tal principio de autorresponsabilidad como un principio general del derecho no necesitaría concreción específica en el derecho positivo del ordenamiento jurídico, este es el sistema penal imperante para ser aplicado. La crítica insoslayable esta, cuando no se cumple los mínimos de legalidad frente a principios rectores del derecho penal, como es derecho de la no existencia del tipo penal especificado antes de la ocurrencia del delito, el Estado a través del ejercicio del *ius puniendi*, no podría penalizar ni sancionar la conducta del desvalor, por no ser un delito totalmente configurado ni tipificado.

Esta teorización género, la construcción de una herramienta normativa la cual fue propuesta por uno de los más grandes teóricos del derecho penal moderno, nos

---

<sup>162</sup> Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

<sup>163</sup> La concepción del Estado de derecho legislativo, opero un consenso entre las luchas y disputas de clases. Lo que se desarrolló en el cumplimiento de los poderes públicos representativos del Estado, la no utilización de la fuerza extrema para la realización de sus postulados, y sin duda dejar la aplicación de penas inhumanas y degradantes basadas solo en la tortura física y psicológica.

referimos a Gustav Radbruch, que construyó toda una Teoría de la acción, para llevarla al derecho penal desde el concepto de valorativo de la antijuridicidad<sup>164</sup> y la culpabilidad, para determinar la noción ontológica del sistema de justicia penal en las modernas concepciones de los nuevos Estados de derecho, reforzados a través de la materialización de los derechos fundamentales, y en límite punitivo, como verdaderas medidas de contención del derecho de ultima ratio, como debe ser entendido el derecho penal en su versión posmoderna como superación al conflicto entre positivismo e iusnaturalismo<sup>165</sup>, siendo importante sin desconocer la propuesta Friedrich Hegel para la *distinción constitutiva* de la imputación objetiva:

*El principio fundamental sobre el cual se edifica la Teoría de la imputación objetiva fue formulado a comienzos del siglo XIX por Hegel, al señalar que solo puede llamarse imputación, en estricto sentido a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío, de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a ella le pertenecen son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a*

---

<sup>164</sup> Es importante frente al punto del riesgo permitido los desarrollos del profesor Paredes Castañón (1996) al respecto: “En lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere, es que el punto en el que las actividades peligrosas para bienes jurídico penalmente protegidos se vuelven penalmente ilícitas no aparece ya, en absoluto como evidente. Por el contrario dicho límite entre lo penalmente prohibido y lo penalmente atípico es la principal sede sistemática. Dentro de la estructura del delito en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado”. (p. 915). En: Castañón, J. (1996). El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? Anuario de derecho penal y ciencias penales, 49 (3), pp. 909-942.

<sup>165</sup> El posible enjuiciamiento si desconocía el principio de legalidad al no existir un procedimiento prohibido desde el punto de vista criminal que los obligara a actuar en distinta forma: “Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas. (...) los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradigan principios morales; de que toda norma jurídica, cualquiera que sea su origen y contenido, tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida, y de que la identificación de un sistema jurídico requiere formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus disposiciones”. (Nino, 1980, pp 18-27). En: Nino, C. (1980). Introducción al análisis del derecho. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

*la conducta, sino a la modificación del mundo exterior que ha causado la modificación de mi comportamiento, por consiguiente solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta, puede serme imputadas. (Reyes Alvarado, 1996, p. 49).<sup>166</sup>*

Dentro de la configuración de la Teoría de la imputación objetiva en la Teoría general del delito, esta se muestra a la vez como límites materiales a la acción en sentido de tipicidad penal, como un estatuto orientador dentro del mismo sistema de justicia penal para la vinculación exclusiva a los comportamientos imputables desde las cuestiones relativas a la atribución de un resultado penalmente reprochable. Desde esta construcción dogmática propuesta de manera más reciente que la de Hegel, se edifica la posición de Gunter Jakobs, filósofo y teórico del derecho penal alemán. La propuesta de Jakobs, se erige fundamentalmente desde unos principios básicos, del deber objetivo de cuidado, como lo son el riesgo permitido, la desviación del resultado o la acción a propio riesgo. Tomando como punto de partida de la teorización de Jakobs la propuesta correspondiente a la violación al deber objetivo de cuidado, podemos pensar que las normas penales en general, no solo han sido construidas como medios para el control social, presentando estatutos de mayor o menos reprochabilidad teniendo en cuenta los roles desempeñados en esa sociedad por el agente del desvalor de la conducta penal.

Frente a ese agente del desvalor y en los casos donde la conducta cobra un sentido amplio, como la posición de garante que despliega quien realiza la conducta objeto de sanción, podemos afirmar que desde la Teoría de la imputación objetiva, presenta un problema de la realización fáctica del riesgo jurídicamente permitido, esto es que la coherencia y la amplitud del sistema jurídico penal despliegue dispositivos normativos a realizar no solo un control

---

<sup>166</sup> Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputación objetiva*. Segunda edición, Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

social del derecho a través de sus normas, sino estructura abiertamente verificables en las fórmulas de realización o no de las conductas desaprobadas, instituyéndose una verdadera fuente de validez social de las normas jurídicas. Tomados desde la vista de Jakobs como cuestiones relevantes a comportamientos imputables:

*Los contenidos de la Teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la Teoría del delito de tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona. En este sentido, la Teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la Teoría del delito, que permite contrastar cuando una conducta tiene carácter objetivamente delictivo. Mediante la Teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de Jakobs se determina si concurre un expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión. (Cancio, 2001, pp. 85-86).<sup>167</sup>*

## **1.2. Configuración punitiva de los delitos imprudentes en la dogmática penal moderna**

Los delitos imprudentes<sup>168</sup> dentro de la dogmática penal moderna, hasta antes de los nuevos desarrollos del punitivismo penal en el esquema funcionalista de la

---

<sup>167</sup> Cancio, M. (2001). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

<sup>168</sup> “En la aplicación del derecho en relación con los hechos imprudentes se fusionan la subsunción y la búsqueda de la ley penal apta para la subsunción. Si esta fusión de diluye teniendo en cuenta

teoría general del delito, relegaban los llamados delitos imprudentes a una categoría inferior de delitos hasta aproximarlos a un especie de cuasidelitos cuando los delitos dolosos estaban en la cúspide del sistema jurídico penal en su sentido estricto y general.

El fundamento histórico, del desarrollo de una teoría de los delitos imprudentes se da a cabo, con la implementación de nuevos procesos industriales y de explotación económica principalmente en la gestión del mercado y en la comercialización de bienes y servicios, frente a las empresas de manufacturas, explotación de hidrocarburos, pero puntualmente el vector principal desde el punto de vista histórico que desarrolla los delitos imprudentes, es que se denomina Fordismo, la producción masiva a gran escala de automóviles como medios de transporte personal, y en manos de los ciudadanos que tuvieran los medios para acceder a ellos.

En este orden de ideas, la propuesta fundamental en torno a los problemas de culpabilidad, giran por la cuestión valorativa de las fuentes principales del peligro, es decir, cuales son los rasgos y elementos comunes para observar respecto de la vista punitiva los peligros que se gestan al interior de la comisión de una conducta punible sujeto de reproche jurídico penal, en este sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal a indicado:

*La conducta de operar vehículos es integral y comprende los momentos precedentes, de tal manera que los movimientos automáticos que realiza el conductor (acelerar, cambiar las velocidades, disminuir la aceleración o frenar) están dentro de la acción global de conducir, que*

---

*la ventaja de que por un lado solo la realización (no realización) de una acción final puede ser típica y, por el otro, que el tipo de la ley penal debe describir una conducta estructurada de esa forma, entonces algunos fenómenos que a primera vista parecen elementos del tipo, se representan desde otro aspecto; son-cum grano salís- elementos de formación del tipo". (p. 19). En: Schöne, W. (1996). Imprudencia, tipo y ley penal. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.*

*si conjuntamente pueden valorarse como voluntarios, de allí mismo puede inferirse si fueron correctos o imprudentes. La denominada regla de la reciproca confianza rige para el desenvolvimiento de actividades peligrosas que son permitidas por ser imprescindibles en la moderna sociedad industrial, tales como el trafico automotor, porque sin ellas, se detiene el progreso, pero por elemental lógica, solo tiene derecho a esperar confiadamente el cumplimiento de los demás, aquel participe que actúa dentro de los reglamentos y no el que los viola, según los resultados de la sugerida apreciación integral del comportamiento peligroso.*<sup>169</sup>

Ocurriendo así, un aumento considerablemente cuantitativo en la comisión de delitos imprudentes con ocasión al peligro del desvalor de la acción, y que la doctrina a preparado para establecer con criterios de paridad las respuestas técnicas a nuevos modelos de criminalidad.

Sobre este influjo la dogmática penal y el desarrollo doctrinal de la teoría del delito, centraban sus estudios en la comisión de los delitos dolosos, y de sus especiales componentes subjetivos o elementos del tipo, como el volitivo y los cognoscitivos, sobre el conocimiento y la voluntad del que hacer del agente que despliega la conducta punible.

Las principales discusiones se centraron en torno al Dolo y la Culpa, como elementos integrantes de la culpabilidad penal, entendiéndolo como una cuestión eminentemente valorativa, haciendo la distinción desde la dogmática, vista en continuidad hacia la dogmática penal moderna, que la cuestión de la relación Dolo-Culpa, era mucho más que una cuestión relevante de la culpabilidad.

---

<sup>169</sup> M. P.: Jorge Anibal Gómez Gallego, Sentencia Julio 21 de 1998, Referencia: Expediente 12224.

Toda la teoría del delito imprudente, se construye a través del injusto penal, con relación al nexo causal del resultado de la acción impudente y la culpabilidad como elementos concomitantes, pero era necesaria la configuración de un tercer elemento mucho más importante, *el deber objetivo de cuidado*, como esencial del delito del tipo de injusto del delito imprudente, como lo destaca el profesor Francisco Muñoz Conde (2005):<sup>170</sup>

*Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. Si los vehículos de A y B chocan en una curva, quedando A y B gravemente lesionados, es evidente que A y B han causa por igual dicho resultado. Pero para saber quién conducía imprudentemente y, por tanto, quien debe responder del resultado producido, no basta con establecer esta simple conexión causal sino que es preciso, además saber, quien actuaba diligentemente y quién no. Y si por ejemplo, sabemos que A al tomar la curva se cerró sobre la izquierda invadiendo el lateral contrario por donde venía B conduciendo correctamente, ya sabemos también quién es el que ha realizado el tipo de injusto de un delito imprudente. Ello, naturalmente, sin perjuicio de comprobar ulteriormente la presencia de otros elementos de la teoría del delito, como la antijuridicidad y la culpabilidad en orden a la exigencia de una responsabilidad penal.*

---

<sup>170</sup> Muñoz Conde, F. (2005). *Teoría general del delito*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. p. 54.

### **1.3. La aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión al estado de embriaguez del autor**

El problema de la embriaguez como factor decisivo para determinar la posible comisión de una conducta penalmente reprochable, abre el debate en torno a la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes con ocasión precisamente al estado de embriaguez del autor o agente que estructura es desvalor o desvalor de la acción.

Con base en tales argumentos, la embriaguez desde el punto de vista de la teoría del delito frente a la acción, entendida desde la tipicidad, la antijuridicidad desde la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la ley, penal hasta configurar el elemento subjetivo en la culpabilidad para establecer las posibles causas del nexo psicológico entre el accionar es decir la puesta en marcha de la acción criminal y el actuar como querer desde el plano valorativo del sujeto activo que despliega la conducta.

El tópico de la embriaguez en tal orden argumentativo, despliega la tensión y el debate si existe responsabilidad penal o no en los delitos imprudentes como el homicidio culposo del agente que actúa en estado de embriaguez. Al plano estricto de la conciencia de la ilicitud de la conducta y de la imputabilidad de la norma y sanción punitiva.

Entendiendo como el estado de imputabilidad, aquel en donde el agente activo del desvalor de la acción penal, conoce, entiende, distingue, relaciona, y actúa en contra de la norma prohibitiva correspondiente a la del juicio de reproche criminal. Como una capacidad de comprensión del hecho o de la conducta, es decir bajo una plena inteligencia y entendimiento de la causa de una conducta socialmente desaprobada por el ordenamiento y sistema jurídico penal.

El debate se podría solucionar de la siguiente manera, si quien casusa un efecto contrario a la norma que protege un bien jurídico tutelado, pensemos en el tipo de homicidio sea este culposo, conociendo su estado de capacidad originada con plana conciencia al iniciar la ingesta de bebidas embriagantes o alcohólicas, debe hacerse la representación de los riesgos intensamente elevados a realizar el despliegue de su conducta en una actividad altamente peligrosa pero permitida como lo es la de conducción o la de conducir un automóvil. Para lo cual nos apoyamos con la solidez del argumento del profesor Agudelo:<sup>171</sup>

*El principio general enseña que el sujeto para ser responsable debe gozar de su capacidad de comprender o de determinarse al momento del hecho; sin embargo, a veces el sujeto no tiene esa capacidad de comprender y de determinarse cuando ejecuta el hecho, pero no por una causa ajena a su voluntad: sino precisamente por su propia voluntad se ha colocado en la incapacidad de comprender o de determinarse. A mi manera de ver, lo expresado por la frase latina es que cuando el sujeto era imputable, esto es, libre pone o crea la causa; como dice Kohlrausch, en estos casos hay una acción no libre in acto, pero libre in causa.* En la labor de la reducción de la delincuencia la interrelación de todas las instituciones debe verse comprometida para la consecución del mismo fin: el bien común, por lo tanto, todas las políticas gubernamentales que le den la posibilidad a la Policía Nacional para ganar espacios en la lucha contra la delincuencia deben ser estudiadas, analizadas y evaluadas en su efectividad, ya que si generan resultados positivos, éstas medidas deben ser propagadas y promovidas como una medida que afecta positivamente y repercute en el bienestar de la ciudadanía, o *contrario censu*, en caso de no generar ningún resultado objetivo, se debe plantear su modificación y la adopción de otra medida que si tenga resultados tangibles, es así como la presente investigación se pregunta cuál ha sido la validez del Decreto 0683 de 2013 en los índices de homicidio y lesiones

---

<sup>171</sup> Agudelo, N. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. pp. 135-136.

personales desde el enfoque de una política criminal en el Distrito de Cartagena, vale destacar que el presente trabajo es de jurídica pura o básica, la cual muestra un modelo crítico o reflexivo en la construcción de nuestro marco teórico referencial como propuesta investigativa. Encaja en la dimensión de la validez del derecho, en la que enfrentaremos el Decreto de referencia legal o normativa, frente a una política criminal de reducción del delito en Cartagena.

Con la presente investigación se pretende analizar la validez del Decreto 0683 de 2013 en los índices de homicidio y lesiones personales desde el enfoque de una política criminal en el Distrito de Cartagena, cuestionándonos si la aplicación del Decreto 0683 de 2013 implementa una medida que lleva efectivamente a la disminución en los índices de homicidio y lesiones personales en Cartagena durante el tiempo que ha regido, o más bien es un paso en aproximación de una política criminal en el Distrito de Cartagena, para ello se analizará una política criminal en el Distrito de Cartagena relacionada con el funcionamiento de establecimientos de comercio dedicados al expendio de bebidas embriagantes.

**1.3.1. Decreto 0683 de 2013 del 29 de mayo de 2013.** “Por el cual se adoptan unas medidas para restablecer y conservar el orden público en el Distrito de Cartagena”.

**ARTÍCULO PRIMERO:** Prohíbese a partir de la fecha de publicación del presente Decreto y por el término de tres (3) meses, el expendio y consumo de bebidas embriagantes en vías y espacios públicos de los siguientes barrios de D.T y C de Cartagena de Indias:

Localidad No 1. Histórica y del Caribe Norte:

1. Torices
2. San Francisco

3. Barrio Chino

Localidad No 2. De la Virgen y Turística:

4. La María
5. La Quinta
6. La Esperanza
7. La Candelaria
8. Olaya Herrera
9. Chiquinquirá
10. Fredonia
11. El Pozón
12. República de Venezuela
13. Boquilla

Localidad No. 3 Industrial y de la Bahía:

14. Ceballos
15. El Carmelo
16. San Pedro Mártir
17. San José de los Campanos
18. Nelson Mandela
19. Pasacaballos
20. El Milagro
21. Manuela Vergara de Curí
22. Ciudadela 2000
23. La Central
24. Silencio
25. Santander
26. El Nazareno
27. Cesar Flórez
28. Florida



- 29. Medellín
- 30. Los ciruelos
- 31. La Gloria 2
- 32. Jorge Eliecer Gaitán
- 33. Simón Bolívar
- 34. Urbanización los Jardines
- 35. La esmeralda 1
- 36. La esmeralda 2

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Restrínjase durante el mismo periodo y en los barrios establecidos en el artículo anterior, el horario de funcionamiento de los establecimientos comerciales donde se expendan y/o consuman bebidas embriagantes, así: Cafés, tiendas, refresquerías, terrazas; restaurantes, billares, sala de juegos electrónicos, casinos, estancos, galleras, cigarreras y/o salsamentarías: hasta las 11:00 p.m y Discotecas y Bares: hasta las 02:00 a.m.

**ARTÍCULO TERCERO:** La Policía Nacional y los Alcaldes Locales deberán realizar los operativos para garantizar el cumplimiento de las restricciones anteriormente establecidas y deberán presentar informes semanales a la Secretaría del Interior, sobre los resultados obtenidos.

**ARTÍCULO CUARTO:** El Centro de Observación de seguimiento del Delito (COSED), deberá rendir, mensualmente, informes estadísticos relacionados con la aplicación de este Decreto.

**ARTÍCULO QUINTO:** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y se suspende durante el término de su vigencia las disposiciones que le sean contrarias.

### **1.3.2. Antecedentes del Decreto 0683 del 2013**

Mediante el decreto No. 0322 del 06 de Marzo del 2013, el Gobierno Distrital adoptó medidas de carácter temporal de prohibición y restricción en materia de expendio y consumo de bebidas embriagantes, horario de funcionamiento de establecimientos comerciales en 23 barrios de la ciudad.

De acuerdo a las cifras reportadas por el Centro de Observación de Seguimiento del Delito (COSED), durante la aplicación del Decreto 0322 de 2013, la medida tuvo un impacto positivo en la disminución de los delitos asociados con la violencia, en los sectores en los cuales rigió las restricciones al expendio y consumo de bebidas alcohólicas y funcionamiento de establecimientos de comercio. Obsérvese lo siguiente:

- Durante el periodo de vigencia del Decreto, de los 23 barrios donde opero la medida, en 12 de ellos se constató la tendencia a disminuir las cifras de homicidios registrados en comparación con los 02 meses anteriores donde no opero la medida, en 7 de ellos no se presentaron homicidios y en 5 disminuyo en un 50% (de 10 casos se pasó a 5 en comparación con los meses anteriores).
- Así mismo de los barrios que reportaron un leve aumento en el número de homicidios: 3 barrios, éstos no ocurrieron en el horario de restricción del decreto.

#### **1.4. Establecimiento de una Política Criminal en el distrito de Cartagena relacionada con el funcionamiento de establecimientos de comercio dedicados al expendio de bebidas embriagantes**

El tema del establecimiento de una política criminal en Colombia no es novedoso, ha sido abordado a la luz de la Constitución de 1991 en diversas ocasiones como en las sentencias C-873 de 2003 y C-936/2001, siendo la sentencia C-646 de 2001 de la Corte Constitucional la que aborda en forma relativamente sistemática el marco constitucional de la política criminal, al señalar que:

*Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito.*

*También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social.*

*Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica.”*

Esta definición toma especial importancia en tanto la Comisión Asesora de Política Criminal, en junio del 2012 al presentar su diagnóstico y propuestas de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano toma como referente esta noción amplia y no reducida al ámbito penal, la cual debe salir del ámbito académico para su discusión y conocimiento en todos los estamentos de nuestra sociedad y cuyo efecto inmediato debería ser el de contrarrestar los perversos resultados de la justicia mediática que hoy se practica en Colombia.

La política criminal es un conjunto de respuestas que genera un gobierno para contener las conductas reprochables que más están afectando a una sociedad, éste conjunto de respuestas no sólo puede ser de la más variada índole como lo dice la Corte Constitucional, sino que debe serlo, ya que no es posible un conjunto de medidas coercitivas que lleven a la constitución un régimen dictatorial que desemboque en una anarquía en la lucha de la sociedad por la reivindicación de sus derechos, por el contrario, implica una variada implementación de medidas que tengan un propósito establecido, medidas que deben ser sociales: como la propuesta por el alcalde de Bogotá Dr. Antanas Mockus en el diseño de una estrategia para dar a conocer la cultura ciudadana, tecnológicas: dotando a la Policía Nacional, como se ha venido haciendo, de mayores equipos tecnificados para la detección de personas con antecedentes, medidas económicas: brindando oportunidades de empleo formal en oposición a la informalidad que se presenta en Cartagena.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó en la sentencia C-504 de 1993 que: *“la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”,* y que *“la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”.* Así mismo, se precisó *“la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.*

En el mismo sentido, ha precisado la Corte Constitucional que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los estadios de:

1. Definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos,
2. Articulación inteligible de sus componentes, y
3. Programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política;

En ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de política criminal, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos

para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido la Corte Constitucional que *“las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”*<sup>172</sup> (subrayado fuera de texto).

De igual forma en la sentencia C-198 de 1997 se afirmó: *“La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración.”*<sup>173</sup>. En idéntico sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-093 de 1993.

Así pues, retomando, podemos ver como la política criminal puede ser formulada en documentos políticos o en instrumentos jurídicos, como en el caso Cartagenero, basándose en la libertad de configuración del organismo competente a nivel local, las cuales deben tener el núcleo común de la búsqueda de una misma finalidad establecida por el gobierno Nacional o Local para el presente caso el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias D.T. y C., para la época Dr. Carlos Otero Gerds, quien basándose en sus funciones expide el Decreto 0683 del 29 de mayo del año 2013 que constituye una medida implementada por la Alcaldía Mayor de

---

<sup>172</sup> Sentencia C-646 de 2001. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de junio de 2014.

<sup>173</sup> Sentencia C-198 de 1997. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de junio de 2014.

Cartagena de Indias en la búsqueda de la reducción de los índices de homicidios y lesiones personales.

El Decreto 0686 de 2013 establece lo que podríamos enmarcar dentro de las medidas normativas expuestas por la Corte Constitucional tipo (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, lo que llevo a establecer una régimen sancionatorio a quienes violaran el mencionado decreto en pro de salvaguardar los intereses superiores como la vida y la integridad de la ciudadanía, tomando una medida temporal de prohibición y restricción en materia de expendio y consumo de bebidas embriagantes limitando el horario de funcionamiento de establecimientos comerciales en 23 barrios de Cartagena.

Sin embargo vale la pena cuestionarse acerca de las causas que llevaron a establecer que al limitar los horarios de los establecimientos que expenden o permiten el consumo de bebidas embriagantes se generará una afectación sensible en la reducción de homicidios y lesiones personales ocurridas en la ciudad de Cartagena de Indias.

Actualmente es de conocimiento público las tangibles consecuencias del alcohol en el organismo, el alcoholismo puede ser un camino hacia la muerte debido a que ingerir grandes cantidades de alcohol, puede provocar afecciones de tipo hepático como la cirrosis, hemorragias internas y hasta desenlaces fatales, como el suicidio o un accidente de tráfico por conducir en estado de ebriedad, pero más allá de las consecuencias personales las cuales son acciones a propio riesgo donde cada quien asume los resultados de las lesiones que le causa a su cuerpo ya que conoce las mismas y aun así lo consume, las enfermedades o los accidentes de tráfico no son los únicos riesgos a los que está expuesto un alcoholístico, también, por perder en cierta medida el uso de la razón, se convierte en un ser irresponsable y terco ya que el alcohol afecta el cerebro por lo tanto la persona no

piensa en su proceder, sus reflejos se afectan, aunque no lo admita, así mismo inhibe las funciones de la región frontal, por lo que disminuye la memoria, la capacidad de concentración y el autocontrol, lo que hace que sean más agresivos.

Tradicionalmente en Colombia las estadísticas indican que los días en que se presentan mayor número de homicidios y lesiones personales son los fines de semana, sin embargo en Cartagena como rasgo atípico se presenta el alza el fin de semana y los días lunes, posiblemente debido a que gran parte de la población encuentra su punto de trabajo en el turismo, por lo que laboran el fin de semana y el día lunes descansan y gastan lo que han obtenido el fin de semana consumiendo bebidas embriagantes y en los tradicionales “Pico”, donde por influjo del alcohol, terminan en riñas que desencadenan el alza en los índices de lesiones personales y homicidios en la Ciudad.

### **1.5. Validez del Decreto 0683 de 2013 en los índices de homicidio y lesiones personales desde el enfoque de una política criminal en el distrito de Cartagena**

Ha señalado también la jurisprudencia de la Corte Constitucional que *“el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal”*<sup>174</sup>. Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra

---

<sup>174</sup> Sentencia C-646 de 2001. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de junio de 2014.

igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

Podemos entender que ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas como lo establece en la sentencia C-038 de 1995.

Teniendo en cuenta que como se expuso en el primer capítulo la política criminal y en el caso que nos ocupa, del Distrito de Cartagena, quien mediante el Decreto 0686 del 2013 no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas sino requiere un soporte constitucional empezaremos por establecer el mismo.

El artículo 2 de la Constitución Política establece: “*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”.<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá 2015.

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 315 de la Constitución Política, son atribuciones de los Alcaldes, conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley.

De igual forma, de conformidad con el literal b) del artículo 29 de la ley 1551 de 2012 Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, el Alcalde cumple funciones con relación al orden público, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

*“1. **Artículo 29.** Modificar el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:*

*b) En relación con el orden público:*

*1. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones del Presidente de la República y del respectivo gobernador. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.*

*2. Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:*

*a) Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos;*

*b) Decretar el toque de queda;*

*c) Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes; (negrilla fuera del original.)*

*d) Requerir el auxilio de la fuerza armada en los casos permitidos por la Constitución y la ley;*

*e) Dictar dentro del área de su competencia, los reglamentos de policía local necesarios para el cumplimiento de las normas*

*superiores, conforme al artículo 9° del Decreto 1355 de 1970 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.*

*3. Promover la seguridad y convivencia ciudadanas mediante la armónica relación con las autoridades de policía y la fuerza pública para preservar el orden público y la lucha contra la criminalidad y el delito.*

Así mismo el artículo 195 del Acuerdo 024 de 2004, establece que el Alcalde Mayor del Distrito como primera autoridad de policía, tiene entre otras funciones asignadas por la ley, las siguientes: “1. *Expedir los reglamentos, órdenes y medidas necesarias para conservar el orden público y proteger los derechos y libertades públicas de acuerdo con la Constitución y la ley*”.<sup>176</sup>

## **1.6. Estadística de Homicidios y Lesiones Personales Cartagena**

Si bien es cierto, como se dijo anteriormente el Decreto 0683 de 2013 tuvo como antecedente los resultados obtenidos con el decreto 0322 del 6 de marzo de 2013 los cuales indicaban que durante el periodo de vigencia del Decreto, de los 23 barrios donde operó la medida, en 12 de ellos se constató la tendencia a disminuir las cifras de homicidios registrados en comparación con los 02 meses anteriores donde no operó la medida, sin embargo considero que la real trazabilidad de este análisis no puede basarse en meses diferentes ya que se ven afectados por influjos diferentes, por lo tanto no podemos comparar una temporada alta con una baja, o la época de carnavales.

Al estudiar las cifras de homicidios y lesiones personales con la finalidad de saber si la medida tomada en el Decreto 0683 del 2013 produjo un impacto real en la disminución de los casos reportados, se debe tomar una porción de tiempo que

---

<sup>176</sup> Acuerdo 024 de 2004.

tenga similares rasgos en lo que respecta a las influencias culturales, por lo que no podemos comparar lapsos temporales diferentes, sino que tienen un campo de acción más similar los años consecutivos en lo que respecta al mismo periodo de tiempo.

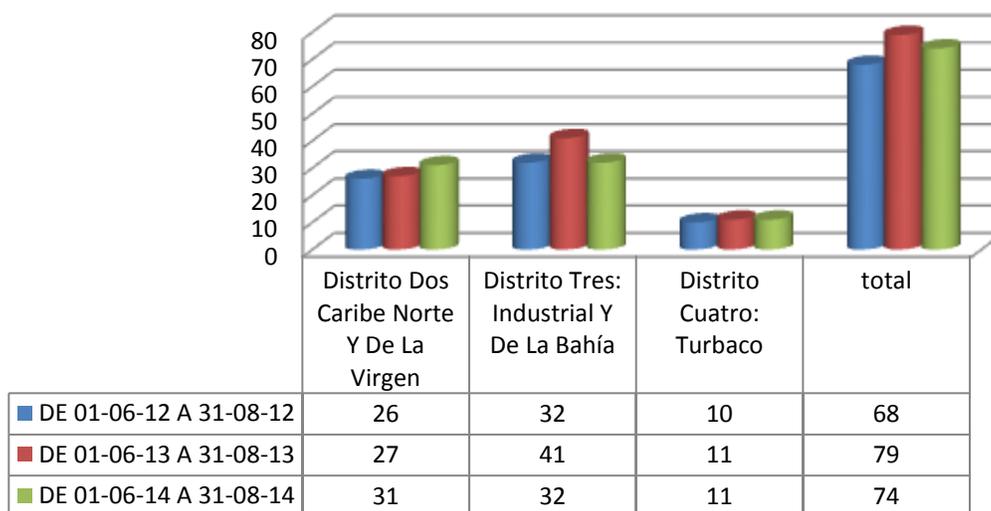
Es por ello, que con la finalidad de analizar los índices de criminalidad en los delitos de homicidios y lesiones personales en la ciudad de Cartagena de Indias entre los meses en que estuvo vigente el decreto 0686 de 2013, es decir Junio; Julio y Agosto, obtuve las estadísticas del Centro Criminológico de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias y se comparará con las mismas estadísticas obtenidas tanto el año anterior como el que le sigue, realizando el análisis para los mismos meses de tres años a saber 2012, 2013 y 2014.

Es necesario empezar por aclarar que no hay completa coincidencia entre la división geográfica jurisdiccional Distrital y la que se refleja en la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, ya que aunque se dividen en 4 Distritos, son conformadas por diferentes barrios, así pues se realizara un estudio con los datos generalizados de la división por Distritos de la Policía Metropolitana de Cartagena, de igual forma y tal como lo menciona el Dr. Jorge Restrepo en su libro Criminología, siempre hay un margen de criminalidad no reportada por los casos que no son puestos en conocimiento de las autoridades competentes, los cuales quedan sin la posibilidad de ser estudiados o de ser abarcados en la presente investigación.

### **1.6.1. Respecto del Homicidio**

Respecto de los Homicidios ocurridos en las vigencias de 01 de junio a 31 de agosto de los años 2012, 2013 y 2014, empezaremos por ver:

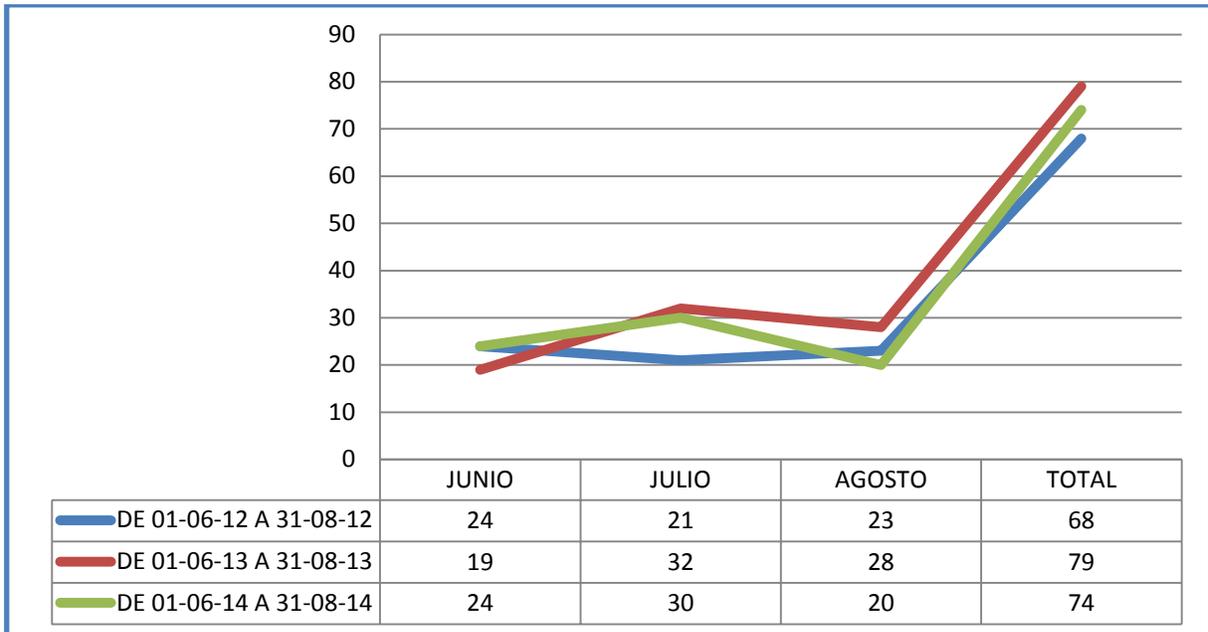
### Grafica No 1



Se puede observar como con el pasar de los años del 2012 al 2014, se han ido aumentando los índices de homicidio en las tres diferentes jurisdicciones, lo cual indicaría a priori que el decreto no tuvo ningún impacto, por lo que se hace necesario entrar a ver las diferentes variables que se han presentado en la ocurrencia de éstos hechos.

Para la vigencia del Decreto 0683 del 29 de mayo del 2013 la cual corresponde a los tres meses de junio, julio y agosto de 2013, se puede apreciar como para el mes de junio de 2012 se presentaron 24 casos de homicidios, mientras para el primer mes de la vigencia del mencionado decreto hubo una disminución a 19 homicidios, mientras que para el 2014 donde tampoco aplico la norma se presentaron también 24 casos como en el 2012.

**Grafica No 2:**

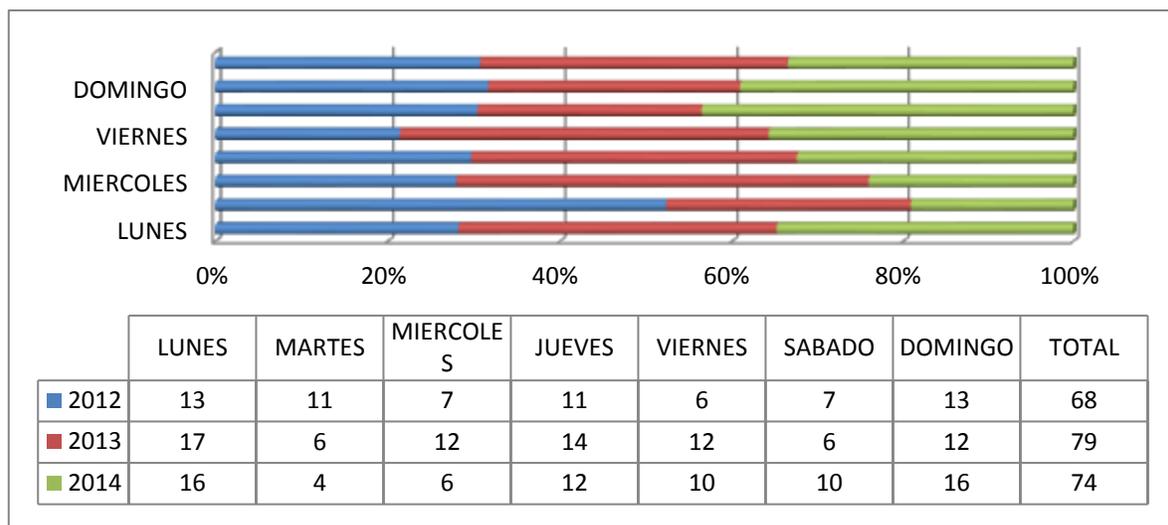


Durante el mes de julio para el 2012 se registraron 21 homicidios, con la aplicación del Decreto 0683 de 2013 se registraron 32 casos, por lo que hubo un aumento en los mismos, finalmente para 2014 se registra nuevamente un descenso a 30 homicidios. Para agosto de 2012 se presentaron 23 casos, en el 2013 creció la cifra a 28 homicidios y finalmente en el 2014 se reducen a 20 casos.

Dentro de los días de mayor impacto, tal como se había expuesto anteriormente en la ciudad de Cartagena tenemos una alta afectación de los fines de semana como ocurre en el resto del país, sin embargo el día de mayor afectación corresponde al día lunes, posiblemente debido a que gran parte de la población encuentra su punto de trabajo en el turismo, por lo que laboran el fin de semana y el día lunes descansan y gastan lo que han obtenido en su trabajo consumiendo bebidas embriagantes y en los tradicionales “Pico”, donde por influjo del alcohol, terminan en riñas que desencadenan el alza en los índices de lesiones personales y homicidios en la ciudad, como se presenta a continuación:

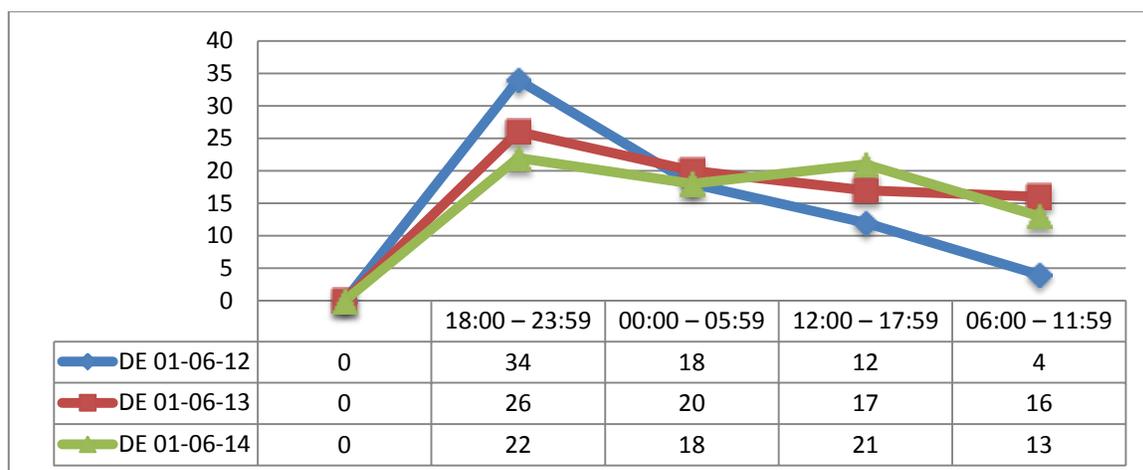


**Grafica No 3:**



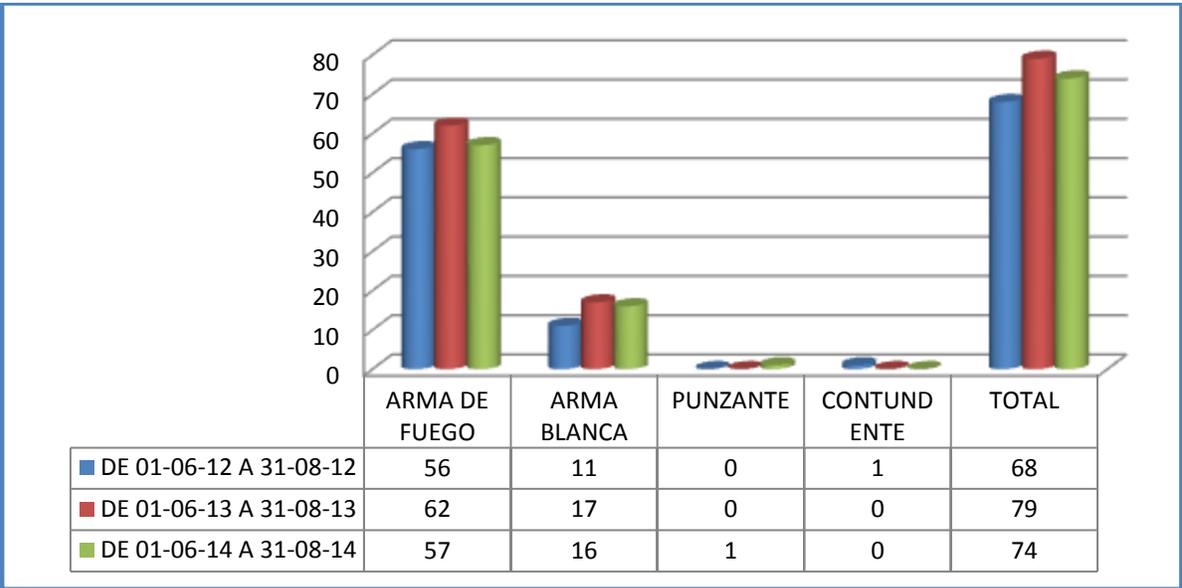
Si bien es cierto, como se vio en la gráfica No 1 hubo un aumento en la cifra de los homicidios ocurridos con el devenir de los años a pesar de que entro a regir el Decreto 0683 del 29 de mayo del 2013, sin embargo, podemos apreciar un cambio en el horario en que se presentaron los casos, tal como lo evidencia la gráfica No 4, veamos:

**Grafica No. 4:**



Podemos apreciar como para el año 2012, 34 de los 68 homicidios ocurridos, es decir el 50% se presentaron entre las 18:00 y las 23:59 horas, para el año 2013 hubo una modificación del delito ya que se presentó en mayor proporción en horas del día, situación que no sucedía en el año 2012, en el año 2013 fueron 33 casos de homicidio que se presentaron entre las 06:00 horas y las 17:59 horas. Acerca del arma empleada podemos ver:

**Grafica No 5:**



La gráfica No 5 nos muestra como el instrumento más usado para cometer los homicidios sigue siendo el arma de fuego en los 3 años investigados, seguidos por las armas blancas.

Respecto de la modalidad más presentada podemos ver una mayor afectación del sicariato en los 3 años, sin embargo es un género que ha venido disminuyendo en lo que comprende 2012 a 2014, por el contrario las riñas aumentaron a partir del



año 2013 donde pese a las medidas tomadas por las autoridades aumentaron a 35 casos, cifra que para el año 2014 desciende nuevamente a 21 casos.

De igual forma se resalta la baja en la cantidad de homicidios generados por conflicto entre pandillas donde para el 2012 se registraron 13 hechos, mientras en la vigencia del decreto se redujo a 8 casos, y finalmente para el 2014 asciende nuevamente a 9 casos como se puede observar en la tabla No 1.

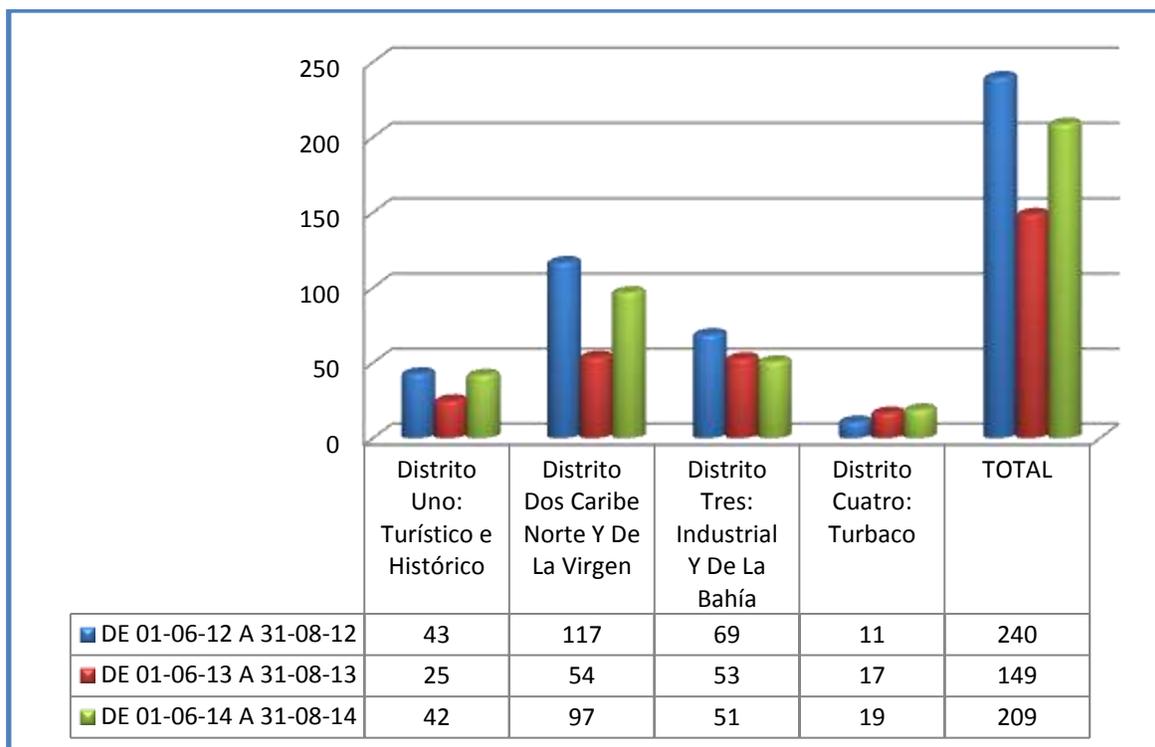
**Tabla No 1:**

<b>MODALIDAD</b>	<b>DE 01-06-12 A 31-08-12</b>	<b>DE 01-06-13 A 31-08-13</b>	<b>DE 01-06-14 A 31-08-14</b>
SICARIATO	25	22	16
RIÑAS	18	35	21
ACCIDENTAL	1	1	1
ATRACO	5	6	12
BALA PERDIDA	0	1	2
CONFLICTO ENTRE PANDILLAS	13	8	9
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	2	0	7
DEGOLLAMIENTO	2	1	0
FORCEJEO	2	1	0
POR ESTABLECER	0	4	6
<b>TOTAL</b>	<b>68</b>	<b>79</b>	<b>74</b>

## 1.6.2. Respeto de las Lesiones Personales

Las lesiones personales constituyen el delito que se presenta más seguido en las ciudades colombianas, especialmente la cartagenera, la gráfica No 6 evidencia como en la vigencia del decreto 0683 de 2013 se presentó una sensible reducción de las lesiones en 3 de los 4 distritos de Cartagena, sin embargo en el Distrito No 4 no hubo influencia del mencionado decreto ya que solo cobijo 36 barrios de los 3 primeros distritos, de igual forma para el año 2014 no hay aplicación de la medida estudiada y también se presenta un aumento de las lesiones generadas.

**Gráfica No 6:**



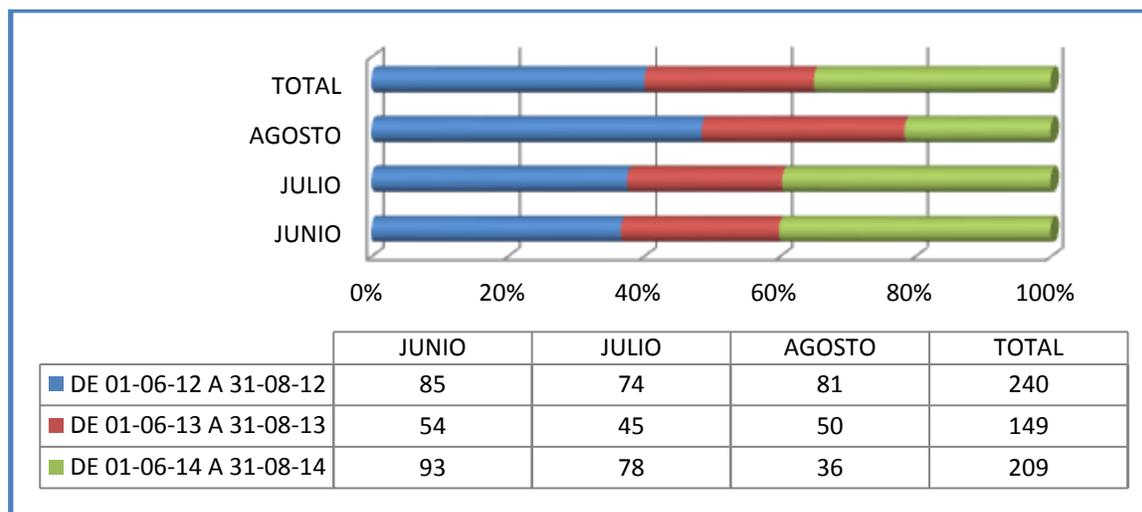
La tabla No 2, evidencia un reducción de los casos de lesiones personales en los tres meses de vigencia del Decreto 0683 del 2013 comparado tanto con el año anterior como con el año siguiente, donde no hubo aplicación de las medidas

tomadas implementadas por el mencionado decreto, se evidencia una tangible diferencia entre los resultados obtenidos en junio de los 3 años estudiados, presentándose para junio de 2013, 31 casos menos con la misma época del año anterior y una diferencia de 39 casos menos con el 2014. Para el mes de julio se aprecia una situación semejante donde mientras regía el decreto 0683 se presenta una diferencia de 29 casos entre 2012 y 2013, y entre 2014 y 2014 la diferencia es de menos 33 casos. En agosto también ocurre una diferencia comparativa entre 2012, donde se reduce en 31 casos para el 2013.

**Tabla No. 2:**

<b>POR MES</b>	<b>DE 01-06-12 A 31-08-12</b>	<b>DE 01-06-13 A 31-08-13</b>	<b>DE 01-06-14 A 31-08-14</b>
JUNIO	85	54	93
JULIO	74	45	78
AGOSTO	81	50	36
<b>TOTAL</b>	<b>240</b>	<b>149</b>	<b>209</b>

**Grafica No 7:**

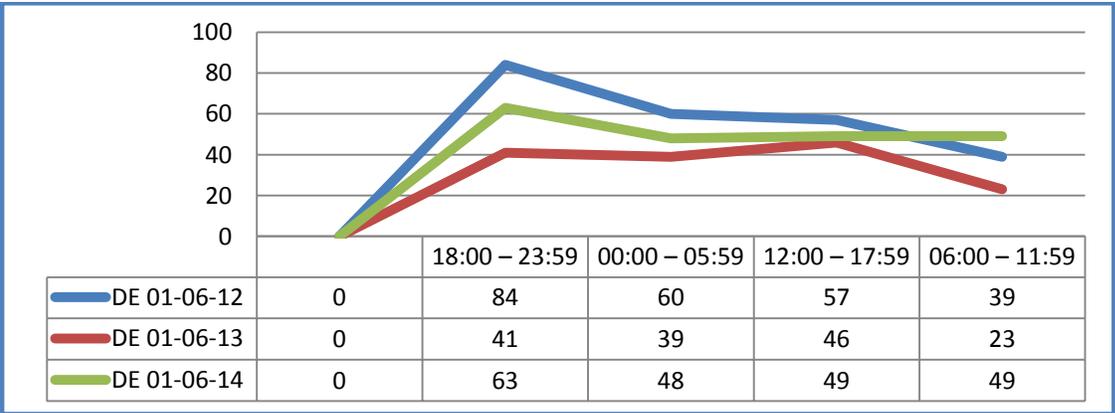


A continuación se presentan los horarios en los que sucedieron los diferentes casos reportados, donde se presenta así como sucedió en el delito de homicidio una modificación en el delito reduciéndose entre las 18:00 horas y las 05:59 horas, que es el horario en el que rige el Decreto 0683 de 2013.

**Tabla No 3:**

HORA	DE 01-06-12 A 31-08-12	DE 01-06-13 A 31-08-13	DE 01-06-14 A 31-08-14
18:00 – 23:59	84	41	63
00:00 – 05:59	60	39	48
12:00 – 17:59	57	46	49
06:00 – 11:59	39	23	49
<b>TOTAL</b>	<b>240</b>	<b>149</b>	<b>209</b>

**Grafica No 8:**



Continúan siendo los golpes la mayor forma de causarse las lesiones o lo que en lenguaje técnico se refiere a elementos contundentes, sin embargo es ostensible la disminución de más del 50% en la comparación entre lo ocurrido en el 2012 y el 2013 y de éste con el 2014 cuando tampoco aplico la norma. Así mismo un elemento usado en las riñas son las armas blancas quienes tienen una diferencia de más 2 casos para el 2013, sin embargo si se reduce respecto de las armas punzantes. El uso de las armas de fuego se ve ampliamente reducido ya que de 46 casos reportados entre junio y agosto de 2012, se pasa a 24 en el mismo lapso de tiempo del 2013.

**Tabla No 4:**

<b>ARMA UTILIZADA</b>	<b>DE 01-06-12 A 31-08-12</b>	<b>DE 01-06-13 A 31-08-13</b>	<b>DE 01-06-14 A 31-08-14</b>
CONTUNDENTES	134	63	113
NO REPORTADO	6	8	0
PUNZANTES	16	12	5
ARMA DE FUEGO	46	24	24
ARMA BLANCA	38	40	55
AGUA CALIENTE	0	1	1
ACIDO	0	0	1
ARTEFACTO INCENDIARIO	0	1	0
BOLSA PLASTICA	0		1
MOTO	0	0	2
VENENO	0	0	1

VEHICULO	0	0	1
<b>TOTAL</b>	<b>240</b>	<b>149</b>	<b>209</b>

La tabla No 5, nos evidencia como en las riñas que son las que usualmente son desencadenadas por las personas en estado de embriaguez, son las que presentan una drástica reducción entre lo que comprende el periodo de vigencia del Decreto 0683 del 2013, ya que para la época de junio a agosto de 2012 se presentaron 230 casos donde resulto algún lesionado, mientras para la vigencia del decreto se redujo éste valor a 165 lesiones, con una disminución de 65 lesiones menos, cifra que nuevamente se ve elevada a lo que corresponde en el año 2014 donde nuevamente incrementan los casos a 225, que es un incremento de 65 casos. El forcejeo así mismo, se ve reducido de 13 casos en el 2012, a 5 casos para la vigencia del decreto.

**Tabla No. 5:**

<b>MODALIDAD</b>	<b>DE 01-06-12 A 31-08-12</b>	<b>DE 01-06-13 A 31-08-13</b>	<b>DE 01-06-14 A 31-08-14</b>
SICARIATO	22	7	3
RIÑAS	230	165	225
ACCIDENTAL	3	1	5
AGRESION	18	0	0
ATRACO	18	21	18
BALA PERDIDA	0	1	0
MANIPULACION INPRUDENTE DE ARMAS	3	0	0

QUEMADURAS	0	1	2
RIÑA ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES	2	2	1
CONFLICTO ENTRE PANDILLAS	6	3	3
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	6	2	1
RIÑA ENTRE ESPOSOS	2	3	1
MANIFESTACION	2	0	0
RIÑA ENTRE HERMANOS	4	0	0
FORCEJEO	13	5	5
NO REPORTADO	0	0	2
ENVENENAMIENTO	0	0	1
<b>TOTAL</b>	<b>329</b>	<b>211</b>	<b>267</b>

## 2. Conclusión

La política criminal es un conjunto de respuestas que genera un gobierno para contener las conductas reprochables que más están afectando a una sociedad, éste conjunto de respuestas no sólo puede ser de la más variada índole como lo dice la Corte Constitucional, sino que debe serlo, debe implicar una variada implementación de medidas que tengan un propósito establecido, medidas que deben ser jurídicas pero también, sociales, tecnológicas, económicas.

Las medidas tomadas dentro de una política criminal pueden estar establecidas en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos, las cuales deben tener el

núcleo común de la búsqueda de una misma finalidad establecida por el gobierno Nacional o Local. El Decreto 0683 del 29 de mayo del año 2013 constituye una medida implementada por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias que busca la reducción de los índices de homicidios y lesiones personales.

Al estudiar las cifras de homicidios y lesiones personales con la finalidad de saber si la medida tomada en el Decreto 0683 del 2013 produjo un impacto real en la disminución de los casos reportados, se debe tomar una porción de tiempo que tenga similares rasgos en lo que respecta a las influencias culturales, por lo que no podemos comparar lapsos temporales diferentes, por lo que se determina que tienen un campo de acción más similar los años consecutivos en lo que respecta al mismo periodo de tiempo, por lo que el estudio se focaliza en los periodos comprendidos entre el 01 de junio a 31 de agosto de los años 2012, 2013 año en el que se aplica la medida y 2014.

Es necesario aclarar que no hay completa coincidencia entre la división geográfica jurisdiccional Distrital y la que se refleja en la división por cuadrantes de la Policía Metropolitana de Cartagena de Indias, ya que aunque ambas se dividen en 4 Distritos, son conformadas por diferentes barrios, por lo que se hace el análisis desde la división geográfica de la Policía.

Aun cuando se constató como con el pasar de los años del 2012 al 2014, se aumentaron los índices de homicidio en los diferentes Distritos de la ciudad de Cartagena de Indias, lo cual indicaría a priori que el decreto no tuvo ningún impacto, al entrar a revisar las diferentes variables que se han presentado en la ocurrencia de éstos hechos encontramos que con la aplicación del Decreto 0683 del 2013 hubo un cambio en el horario en que se presentaron los casos pues para el año 2012 el 50% se presentaron entre las 18:00 y las 23:59 horas, para el año 2013 hubo una modificación del delito ya que se presentó en mayor proporción en horas del día, situación que no sucedía en el año 2012, y en el año 2013 fueron 33

casos de homicidio que se presentaron entre las 06:00 horas y las 17:59 horas, lo cual nos indica que si bien aumentaron los homicidios, dichos hechos sucedieron en horarios diferentes a los que tradicionalmente se presentaban, vislumbrándose una posible consecuencia positiva de la aplicación del Decreto ya que se disminuyeron los casos presentados en horas de la noche cuando regía el Decreto 0683 del 2013.

Tradicionalmente en Colombia las estadísticas indican que los días en que se presentan mayor número de homicidios y lesiones personales son los fines de semana, sin embargo en Cartagena como rasgo atípico se presenta el alza el fin de semana y los días lunes, posiblemente debido a que gran parte de la población encuentra su foco de trabajo en el turismo, por lo que laboran el fin de semana y el día lunes descansan y gastan lo que han obtenido en su trabajo consumiendo bebidas embriagantes y en los tradicionales “Pico”, donde por influjo del alcohol, terminan en riñas que desencadenan el alza en los índices de lesiones personales y homicidios en la Ciudad.

Las lesiones personales constituye uno de los delitos que se presenta más seguido en las ciudades colombianas, especialmente la cartagenera, sin embargo en la presente investigación se evidencia como en la vigencia del Decreto 0683 de 2013 se presentó una sensible reducción de éste delito en 3 de los 4 distritos de Cartagena, vale la pena aclarar en el Distrito No 4, donde no se presentaron resultados favorables, no hubo influencia del mencionado decreto ya que solo cobijo 36 barrios de los 3 primeros distritos, de igual forma para el año 2014 no hay aplicación de la medida estudiada y también se presenta un aumento de las lesiones generadas.

En la búsqueda de la reducción de la delincuencia es necesario la interrelación de todas las instituciones para la consecución del mismo fin: el bien común, por lo tanto, las políticas gubernamentales que le den la posibilidad a la Policía Nacional

de ganar espacios en la lucha contra la delincuencia deben ser aplicadas como ocurrió con el Decreto 0683 del 2013 el cual implemento una medida que después de ser analizada y evaluada en su efectividad arrojó como resultado que debe ser propagada y promovida como una medida que afecta positivamente y repercute en el bienestar de la ciudadanía, sin embargo no puede ser la única medida tomada para la consecución del mencionado fin, es necesario la implementación de múltiples medidas con los diferentes entes gubernamentales y no gubernamentales que dirijan su accionar en búsqueda de acciones que busquen preservar la vida y la integridad de los Cartageneros.

### 3. Bibliografía

Agudelo, N. (2007). Inimputabilidad y responsabilidad penal. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. (p. 9).

Atienza, M. (2001). El sentido del derecho. Primera edición. Editorial Ariel. Barcelona, España.

Cancio, M. (2001). Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

Castañón, J. (1996). El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? Anuario de derecho penal y ciencias penales, 49 (3), pp. 909-942.

Ferrajoli, L. (2009). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Novena edición. Editorial Trotta. Madrid, España.

M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, Sentencia Julio 21 de 1998, Referencia: Expediente 12224.

Muñoz Conde, F. (2005). *Teoría general del delito*. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. p. 54.

Nino, C. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Puig, S. M. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista electrónica de ciencia Penal y criminología*. N°. 5. pp. 1-19.

Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputación objetiva*. Segunda edición, Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Sancinetti, M. (1996). *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultado?* Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

Schöne, W. (1996). *Imprudencia, tipo y ley penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Bogotá, Colombia.

Sentencia C-198 de 1997. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de junio de 2014.

Sentencia C-646 de 2001. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de junio de 2014.

Sentencia C-646 de 2001. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 1 de junio de 2014.

Urbino. J. (2005). Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública. X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.



## Parte V: DERECHO PENAL ESPECIAL

## “ANÁLISIS AL TIPO PENAL DE ACTIVIDAD ILÍCITA DE EJERCICIO MONOPOLÍSTICO DE ARBITRIO RENTÍSTICO, CON OCASIÓN AL SUJETO ACTIVO”

Por: Edwin José Ballesteros Arguelles<sup>177</sup>

**I. Resumen:** El artículo que aquí se presenta al lector, pretende hacer un análisis al tipo penal de actividad ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico con ocasión al sujeto activo de la conducta penal, pretendemos establecer si esta actividad reprochada socialmente por el Código Penal colombiano, desborda los límites competenciales del *ius puniendi* Estatal, frente al desarrollo injusto del delito rentístico, al configurarse el sujeto activo de la conducta como aquel que está en la capacidad de establecer los márgenes punitivos para la ilicitud, acarreando consecuencias en la comunidad a la cual se prestan los servicios. Objetos de la posible consecución de los fines ilícitos y criminales; Los desarrollos que aquí se presenten, permitirán esbozar la problemática frente a los altibajos de la política criminal del Estado en la persecución de dichos delitos. En este orden de ideas nos hemos trazados tres elementos fundantes, que ayudan a operacionalizar nuestro modelo de investigación propuesto; en primer lugar analizaremos, si la comisión de delito de actividad ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico como una conducta dolosa puesto que termina el sujeto activo distribuidor, vendedor, de rifa, chance, ilegal en libertad. Como segundo momento, demarcaremos los límites al inicio del peligro permitido en la realización de actividades riesgosas, como la dirección en el modelo jurídico- penal colombiano. Para finalmente en tercer lugar, averiguaremos la relación entre la transgresión a los agentes distribuidores de rifa, chance, como rebose a la proporcionalidad de las leyes penales en la tarea de delitos dolosos; Como conducta totalmente reprochable dentro de la justicia penal colombiana, y todo el sistema jurídico

---

<sup>177</sup> Abogado. Egresado de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

nacional desde la observación de los principios y valores superiores de la constitución nacional.

**II. Palabras Claves:** Actividad Ilícita, Delito Monopolístico, Injusto Rentístico, Principio de Proporcionalidad, Derecho Penal.

**III. Abstract:** The city of Cartagena de India's is burdened by high crime rates related to high-impact crimes such as homicide and infliction of personal injury. However back-up measures have been taken in order to prevent the completion of these punishable acts and to preserve the life and integrity of Cartagena's individuals. One of these measures was the issuance of Decree 0683 of 2013 which imposed the closure of establishments that expend alcoholic beverages after 22:00 hours on the most critical areas of Cartagena. This research project aims to investigate the actual validity of a specific measure which was a shock treatment issue at the beginning, but by following national approaches in civic culture's evolution pretended to reduce crime rates. The article presented here the reader intends to analyze the crime of unlawful activity exercise monopoly revenue measures during the perpetrator of criminal behavior, try to establish whether this activity socially reproached by the Colombian Penal Code, overflows the State jurisdictional boundaries right to punish, against unjust development the Treasury offense, to set the active subject of behavior as that which is in the ability to set margins for punitive wrongfulness, carrying consequences in the community which provide the services. Objects of the possible achievement of the illegal and criminal purposes; The developments presented here, allow to outline the problems facing the ups and downs of the criminal policy of the State in prosecuting such offenses. In this vein we have outlined three fundamental elements that help operationalize our model proposed research; first analyze if the commission of the crime of unlawful activity monopolistic exercise of revenue measures as willful misconduct. As a second point, we demarcated limits allowed at the start of danger in carrying out risky activities such as the address in the Colombian criminal juridical model.

To finally thirdly, find out the relationship between transgression agents distributors raffle, chance, and overflow to the proportionality of criminal laws in the task of frauds; As totally reprehensible within the criminal justice Colombia, and all the national legal system from observing the principles and values above the national constitution behavior.

**IV. Key Words:** Unlawful Activity, Crime Monopolistic, Unfair allocate revenue, Principle of Proportionality, Criminal Law.

## 1. Introducción

El tipo penal está tipificado en nuestro código penal colombiano en el artículo 312 como una conducta dolosa, es decir orientada a una responsabilidad punitiva con relación al orden jurídico penal colombiano. Cobrando especial relevancia cuando en la determinación del delito jurídico constitucional –penal, toma mucha más firmeza, en este mismo sentido debe ser aplicado en la práctica, por el legislador, al momento de ser censurable esta conducta por el sujeto activo, y darle la aplicación de legalidad procedimental que merece para no ser vulnerado e irrespetado por su agresor, que se lucra mucho del dinero sin pagarle un solo impuesto al estado colombiano. Respondiendo a esta descripción presentamos al lector la siguiente pregunta problema de investigación: ¿Instituye la comisión del delito la actividad ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico, como una conducta dolosa puesta que termina el sujeto activo distribuidor, vendedor, de rifa, chance ilegal en libertad, desde el año 2011 hasta la fecha en la ciudad de Cartagena? El objetivo general es: Indagar si se instituye la comisión del delito la actividad ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico, como una conducta dolosa puesta que termina el sujeto activo distribuidor, vendedor, de rifa, chance ilegal en libertad, desde el año 2011 hasta la fecha en la ciudad de Cartagena y los objetivos específicos fueron: a.- Examinar, si la comisión de delito de actividad

ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico es una conducta dolosa puesto que termina el sujeto activo distribuidor, vendedor, de rifa, chance, ilegal en libertad desde el año 2011 hasta la fecha en la ciudad de Cartagena; b.- Determinar los límites al inicio del peligro permitido en la realización de actividades riesgosas, como la dirección en el modelo jurídico- penal colombiano y c.- Establecer la relación entre la transgresión a los agentes distribuidores de rifa, chance, como rebose a la proporcionalidad de las leyes penales en la tarea de delitos dolosos; como conducta totalmente reprochable dentro de la justicia penal colombiana, y todo el sistema jurídico nacional desde la observación de los principios y valores superiores de la constitución nacional. El método utilizado en esta investigación puramente jurídica, es el hermenéutico porque se examine, el contenido jurídico de las normas que regulan el delito la actividad ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico, como una conducta dolosa y su alcance; se hizo uso de herramientas como jurisprudencia nacional y autores reconocidos en la materia aportando con sus tesis doctrinales los argumentos suficientes y valederos de esta nueva clasificación.

### **1.1. Los límites al inicio del riesgo permitido en la realización de actividades peligrosas, como la ejecución en el modelo jurídico- penal colombiano**

El riesgo permitido dentro del examen de antijudicialidad en las actividades peligrosas, despliegue dentro de la moderna teoría del delito los desarrollos de la teoría de la imputación objetiva, la cual tiene sus orígenes en la dogmática penal alemana, con trabajos de teóricos de derecho penal, como los profesores Gunter Jakobs y Klaus Roxin<sup>178</sup> que siguiendo la línea de Hans Welzel<sup>179</sup> se quiere superar un tipo de casualismo en el derecho penal, moderno propio de las teorías de la responsabilidad civil extracontractual, que se centraban en el elemento del daño, a la otra de establecer una posible causalidad del injusto penal es así que

<sup>178</sup> Roxin, Claus. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus Editores.

<sup>179</sup> Welzel, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1997.

con la teoría de la imputación objetiva se quiere superar la imputación objetiva se quiere superar la imputación del injusto penal desde elementos o criterios estrictamente subjetivos del tipo tal como lo define el profesor español Santiago Mir Puig.<sup>180</sup>

La imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra imputación como una forma de averiguar cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta la expresión imputación objetiva. Es importante frente al punto del riesgo permitido los desarrollos del profesor Castañón<sup>181</sup> al respecto en lo que al juicio de antijuridicidad penal se refiere es que el punto en que las actividades peligrosas para bienes jurídico penalmente protegidos, se vuelven penalmente ilícitas no aparecen ya, en absoluto como evidente por el contrato dicho dentro de la estructura del delito en la que ha de sustanciarse el conflicto subyacente antes enunciado. El juez se convierte así entre otras cosas en gestor del riesgo permitido (del riesgo penalmente permitido). Debiendo fijar para una situación concreta la del caso enjuiciado, el nivel máximo del riesgo que puede derivarse de una conducta sin que la misma se convierta en prohibida y traduciendo esa concurrencia de necesidades sociales diversas de una interpretación de tipo penal y en la subsunción o no de un caso en el mismo.

Este mismo autor distingue de la expresión imputación subjetiva en referirse a algo objetivo y no subjetivo, pero no aclara el significado de lo objetivo a lo que se refiere. Siendo un concepto creado por juristas. Su preciso significado depende del

---

<sup>180</sup> Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal Español*. Editorial IBdeF. Montevideo. 2003.

<sup>181</sup> Castañón, J.M.P. (1996). *El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?* Anuario de derecho penal y ciencias penales, 49 (3), pp. 909-942.

sentido que le demuestran los juristas.<sup>182</sup> Bajo esta línea argumentativa, el riesgo permitido dentro de las actividades Peligrosas, es restringido desde el punto de vista criminal, desde la teoría de la imputación objetiva, que quiere garantizar en los casos en los cuales sean necesarios su despliegue valorativo, el nexo objetivo del supuesto penal, con ocasión de la acción de la conducta criminal. Lo que pone de presente límites materiales desde el mismo sistema jurídico penal, provenientes como fuentes de insumos de su misma dogmática.

El punto central de la conclusión sobre las actividades peligrosas frente a una teoría del injusto penal determinada por la relación objetiva de la responsabilidad criminal, va a estar dada o limitada desde los caracteres objetivos de imputación del mismo delito o conducta penal, ya que la infracción al deber objetivo de cuidado es uno de los elementos integrantes de dicho modelo de imputación, que quiere superar lo estrictamente normativo desde la acusación de la conducta:

Si la conducta imprudente por definición es aquella que infringe un deber objetivo de cuidado, habrá que determinar para constatar la imprudencia en esa concreta conducta, que efectivamente se ha lesionado el deber objetivo, por ello la doctrina se ha dotado de una serie de criterios. Conviene advertir antes que realmente la lesión del deber de cuidado no constituyen más que una de los presupuestos o requisitos de los tipos imprudentes a lo que podríamos añadir la previsibilidad y evitabilidad de resultado.

El concepto de riesgo permitido responde a la idea básica en que hay casos en los que un bien jurídico es puesto en peligro sin que ellos generen responsabilidad penal para el creador de dicho peligro; precisamente por ellos por que los márgenes de riesgo generados para el concreto bien no exceden de los jurídicos penalmente tolerados. Sin embargo las inconsecuencias en el desarrollo y aplicación de este instituto incluso en sus naciones más básicas se acentúan a medida que

---

<sup>182</sup> *Ibidem*. P 8-9.

nos alejamos de los habituales supuestos de imprudencia y ellos con importantes costos para las razones que los subyacen y en consecuencia debería informar su aplicación<sup>183</sup> subjetiva del deber de diligencia, que es muy discutida por la doctrina ya que muchos de sus representantes afirman la asistencia de un deber de cuidado subjetivo, de un tipo imprudente subjetivo, en definitiva, struense. Asevera Flores que en la valoración de deber de cuidado, del riesgo permitivo no se puede prescindir del conocimiento del autor.<sup>184</sup>

## **1.2. La relación entre la violación de la conducta y el agente en el tipo penal doloso de ciudadano como rebose a la proporcionalidad en materia constitucional**

El principio de proporcionalidad se establece en los modernos sistemas jurídicos penales, como una medida de ponderativa frente al ejercicio desmedido del *ius puniendi* estatal, cuando el política criminal del estado debe tener en cuenta elementos restrictivos de las conductas penales como la violación por parte de la gente de una conducta penal, le asigna al sujeto un reproche social, pero lo determinante estará en la mayor exigibilidad de un juicio de reproche frente al sujeto activo del injusto penal en la posible consumación de la conducta, es claro que los tipos penales dolosos comportan dos elementos estructurales dentro del tipo que así se califica, hablamos del elemento cognoscitivo o del conocimiento de la ilicitud de la conducta infringida. El juicio constitucional de proporcionalidad constituye el criterio estructural para la concreción de los derechos fundamentales que puede otorgar una mayor protección constitucional a los principios y límites del *ius puniendi*, el Tribunal Constitucional tiene como cometido establecer que principios y límites penales se pueden incorporar a las disposiciones y normas

---

<sup>183</sup> Lázaro, S & Guanarteme, F. (2010). *De construyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial*. Revista penal, (25), pp. 136-150.

<sup>184</sup> Flores, B. R. (2001). *La imputación objetiva en los delitos imprudentes*. En: Anales de derecho (No. 19, pp.259-278). Servicio de publicaciones.

de derecho fundamental y, de esta manera, configurar un sistema de precedentes en el control constitucional de las leyes penales.

No obstante, la inherente irracionalidad que contienen cualquier test de constitucionalidad y, por tanto también el de proporcionalidad, puede mitigarse a través de la incorporación de algunas reglas o reformas fundamentadas en la limitación democrática y en especial la discursiva.<sup>185</sup>

Frente a la doble connotación del ejercicio de *ius puniendi* del Estado y las sanciones con ocasión a actos de la voluntad de la administración como en este caso el Decreto 0683 de 2013, ya que es importante establecer los criterios de distinción que plantea la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia: *toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como se identifican las consecuencias no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales.*<sup>186</sup> De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no han existido un desarrollo doctrinal adecuada sobre esta materia.

### **1. 2.1. La conducta y el elemento volitivo en la voluntad de acción u omisión en despliegue de la conducta criminal**

Para que se estructure un tipo penal doloso estos dos elementos deben de configurarse a la perfección, por que de no ser así, podría estructurarse un delito o supuesto culposo, por dejar librado al azar el cumplimiento al deber objetivo de

---

<sup>185</sup> Fernández, J (2010). *El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?* En: revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios, Año 17 – No.1, pp. 51-99.

<sup>186</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

cuidado. Frente al principio de proporcionalidad, como rebose de tipo penal doloso, en este caso la conducta del agente o del sujeto activo, enfrentaría al Estado colombiano en su derecho legítimo a castigar o sancionar las acciones o conductas establecidas como delitos conforme a la política criminal, aun desconocimiento de bienes jurídicos superiores dentro del mismo ordenamiento colombiano, nos referimos a los Derechos Constitucionales fundamentales de los ciudadanos, establecidos desde el principio de la proporcionalidad y sus orígenes desde la justicia constitucional, como límites materiales de las conductas prohibidas y reprochadas penalmente:

Los Derechos Fundamentales adquieren una dimensión objetiva más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Forman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí. En consecuencia, el estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las conductas penales.

Cuando desde el accionar del estado los derechos fundamentales quedan limitados por un derecho de última ratio como lo es el penal, y esa punibilidad va a estar dada por la concreción o materialización en términos de Ferrajoli<sup>187</sup> de las garantías secundarias, en este sentido Ferrajoli (2006) indica: *Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si estas no han sido producidas -como si sucede con los derechos patrimoniales-, en correspondencia con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad, como el Habeas Corpus o bien con un Derecho Social como el derecho a la Salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de*

---

<sup>187</sup> Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales*. En: Revista Cuestiones constitucionales. Núm. 15 Julio-diciembre. Pp.25-40.

*asistencia sanitaria -es decir, en ausencia de garantía fuertes, tanto primarias como secundarias- tales derechos son destinados a permanecer en el papel. Mas, ciertamente, no diremos que ellos no existen, por que no existe como requiera la definición de derecho subjetivo, el deber o la obligación correspondiente, existe en efecto la obligación constitucional positiva, la tesis teorica del nexo de aplicación entre derecho y garantía.*<sup>188</sup>

La relación entre la violación y el agente de la conducta de tipo penal doloso, establece frente a las conductas donde el riesgo es elevado, elementos para la configuración objetiva del delito desde la conducta prohíba y la teoría del riesgo permitido se ha revolucionado a un más desde la permeabilidad de la teoría de la imputación objetiva en el sistema jurídico penal colombiano, ya no solo la conducta del agente se configura desde aspectos como la propia comisión del injusto penal, si no desde el rol del agente en la sociedad o en la comunidad que lo rodea, mas desde una sociología jurídico penal, o desde la sistemática o complejidad de la jurisdicción penal:

La definición de la conducta prohibida no se contenta en la actualidad con el mero análisis factico de lo que fue realizado, si no que exige hoy como nunca ampliar al campo visual e incluir consideraciones acerca del rol del autor, acerca del establecimiento social de riesgos aceptados, tolerados o exigidos acerca de los deberes de autoprotección de la víctima, acerca de la participación de terceros que hoy definen de modo protagónico incluso el injusto penal, acerca de la confianza razonable en el comportamiento correcto del otro participante de la escena del ilícito y acerca de que hubiera pasado con una actuación correcta del autor.<sup>189</sup> La respuesta a los problemas jurídicos contemporáneos, escapan desde una estricta lógica de lo normativo, presentando nuevas herramientas para el

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*

<sup>189</sup> Rusconi, M. A. (1996). *La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente*. Revista Jueces para la democracia, (27), pp. 62-68.

derecho desde la psicología. Así presentara su propuesta Hernández<sup>190</sup> (2000) al señalar que: *La sociedad implica un proceso de construcción que evidencia la existencia de entramados de significación, se anuncia la posibilidad de establecer vínculos analíticos entre lo que podría ser reconocida como una psicología de lo cotidiano y una etnografía interpretativa.*

Para una definición más profunda del concepto de complejidad tener en cuenta los desarrollos de Mejía & Guzmán (2002) como función determinante del sistema: *El concepto de complejidad remite a una función determinante del sistema: la función de limite. Esta representa la posibilidad de dar orden al sistema, de organizarlo internamente y, al mismo tiempo, de optima su funcionalidad frente al entorno.*<sup>191</sup>

### **1.3. La comisión del delito doloso con ocasión de la actividad ilícita de ejercicio monopolístico rentístico, hacia el sujeto activo**

Frente a la comisión del delito doloso de la actividad monopolística rentística establece problemas frente a la teoría de la autoría y con participación criminal en el actuar desmedido frente a la acumulación masiva de capital generando un desborde a los limites competenciales del mismo *ius puniendi* estatal, con ocasión a la ocurrencia del actuar del sujeto activo, determinante ésta en establecer el análisis de la comisión del delito doloso con relación del despliegue criminal de la actividad ilícita de ejercicio monopolístico rentístico, con respecto a la explotación del monopolio rentístico el profesor Díaz Conlledo<sup>192</sup> indica: *“El empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico es una*

---

<sup>190</sup> Hernández, D. (200). *Cultura y vida cotidiana. Apuntes teóricos sobre la realidad como construcción social.* En: Revista sociológica. Año.15 No.43. Mayo-Agosto.pp.87-102.

<sup>191</sup> Mejía, O. & Guzmán, A. (2002). *La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica.* En: Revista pensamiento jurídico. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. No. 15.pp. 37-50.

<sup>192</sup> Díaz, M., & Conlledo, G (2013). *Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos.* Nuevo foro penal, 3(71), pp. 115-144.

*empresa constituida como persona jurídica: como es obvio quien materialmente realizara el incumplimiento total o parcial en la entrega de las rentas monopolísticas que legalmente correspondan a los servicios de salud y educación será un administrador o persona que actué como órgano de la empresa, de modo que la empresa persona jurídica no corresponderá por su incapacidad de acción y culpabilidad y por no poder sufrir pena de prisión y de no existir la cláusula del actuar por otro tampoco respondería el administrador o persona que actúa como órgano de la persona jurídica que es quien realiza la conducta típica pues le faltaría la cualidad de empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico que exige el tipo, en estudio”.*

Sobre las diversas posiciones que se sustentan en torno a la autoría (y la participación) en la delincuencia organizada y en organizaciones. Como se ve, el debate ha estado muy marcado por la propuesta de Roxin<sup>193</sup> de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, que el propio autor alemán considera solo válida para los aparatos organizados criminales y no para la criminalidad que aprovecha estructuras organizativas en principios lícitas como las empresas, aunque esta opinión no es compartida por diversos autores como Días<sup>194</sup>.

El monopolio es una excepción en el seno del capitalismo industrial contemporáneo, en relación con otras formas de competencias sin embargo aparece profundamente enraizado en la naturaleza del sistema capitalista si atendemos a la contratación y centralización del capital en ordenes geopolíticos – administrativos, en una situación monopolística la ganancia extra del monopolio se obtiene a costas de otros miembros de la sociedad que hablan de exportar la transferencia de una parte de su valor hacia el sector monopolística; Ramírez<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> Roxin, Claus. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus Editores.

<sup>194</sup> Díaz, M., & Conlledo, G (2013). *Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos*. Nuevo foro penal, 3(71), pp. 115-144.

<sup>195</sup> Ramírez, C. A. M. (2014). *Monopolio de licores y proscripción de destilados ilegales en Colombia*. Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología, (19), pp. 69-70

(2014) sostiene que lo que se produciría es una laguna de punición ya mencionada, que se salva con la cláusula del actuar por otro.

De conformidad al artículo 312 del Código Penal colombiano,<sup>196</sup> el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, resulta desmedido a la luz análisis del presente documento, cuando con ocasión a la explotación económica del agente sujeto activo de la conducta no se obtiene ninguna autorización del estado, para el desarrollo de la actividad económica. Y con este se obtiene un logro significativo con el cual no se genera contribución alguna a La comunidad ni al medio que lo rodea el tipo de despliegue de la actividad de explotación económica, sea un chance, juegos de azar, rifas u otro medio similar empleado por el agente de la conducta ilícita frente a este ejercicio ilícito de la actividad monopolística; instituyéndose así, la comisión del delito de actividad ilícita de ejercicio monopolístico de arbitrio rentístico, como una conducta dolosa, puesto que termina el sujeto activo distribuidor, vendedor, rifa, chance ilegal en libertar un lucro y una explotación fraudulenta de la actividad monopolística, no generando alguna tributación o impuestos al honorario público con destinación a las arcas oficiales.

El monopolio rentístico es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas, para que el estado se procure cierto nivel de ingreso con el fin de atender sus obligaciones conformes con el artículo 336 de la Constitución Política<sup>197</sup> nacional, *ningún monopolio podrá establecer si no como arbitrio rentístico, con un fin exclusivo de interés público o social. Autorizado por la ley.*

Esto lo que indica es, que los monopolios no se podrán establecer como fines utilitarios de concentración y de acumulación de capital. Estableciéndose así, el

---

<sup>196</sup> Código Penal Colombiano. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

<sup>197</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

monopolio que se quiera formar, cumpliendo los requisitos de un régimen jurídico común, indicando la forma y tipo de organización que se radicara, en la forma en que estará organizado el monopolio, el tipo y regímenes de administración rentística, es decir la destinación de los capitales y dineros recaudados, y la manera de explotar desde la actividad comercial en la que se encaja el monopolio. Como ejemplo de lo anterior, encontramos el fallo de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; SALA DE CASACIÓN PENAL, siendo Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, Aprobado en el Acta No. 373, de fecha Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011). Veamos:

*Recibido el concepto del Ministerio Público, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre la demanda de casación presentada por el defensor de MARCELINO CASTRO CERQUERA y RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 11 de noviembre de 2010, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad el 24 de agosto de igual año, por cuyo medio condenó a los procesados como autores penalmente responsables del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.<sup>198</sup>*

**HECHOS:** *El 21 de diciembre de 2002 MARCELINO CASTRO CERQUERA y RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA rifaron un vehículo usado chevrolet Samurai, con premios secos en efectivo. Benjamín Rodríguez Ospina ganó el sorteo, pero al reclamar encontró que los organizadores no tenían el automotor, razón por la cual recibió \$5'200.000 en efectivo y una letra de cambio por \$2'300.000.*

---

<sup>198</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; SALA DE CASACIÓN PENAL, siendo Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz, Aprobado en el Acta No. 373, de fecha Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011).

**ACTUACIÓN PROCESAL:** La Fiscalía Seccional de Neiva adelantó la correspondiente indagación preliminar y luego de practicar algunas diligencias declaró abierta la instrucción en cuyo marco vinculó mediante indagatoria a MARCELINO CASTRO CERQUERA y RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA. Clausurada la instrucción, el sumario fue calificado el 29 de agosto de 2005 con resolución de acusación en contra de los procesados, como presuntos autores del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. Impugnada la acusación por el defensor, el 20 de diciembre de 2006, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva la confirmó.

La fase del juicio le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, despacho que una vez surtido el rito pertinente profirió fallo el 24 de agosto de 2010, condenando a MARCELINO CASTRO CERQUERA y RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA a la pena principal de treinta y seis meses de prisión y multa de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autores penalmente responsables del delito objeto de acusación.

Impugnada la sentencia por el defensor de los procesados, el Tribunal Superior de la citada ciudad la confirmó mediante proveído del 11 de noviembre de 2010, decisión contra la cual el mismo profesional interpuso recurso extraordinario de casación, allegando en tiempo el correspondiente libelo. A través de providencia del 12 de abril de 2011, la Sala decidió admitir la demanda; se surtió traslado al Ministerio Público y se ha recibido el respectivo concepto.

**LA DEMANDA:** Como quiera que la sentencia se emitió con carácter condenatorio por un delito sancionado con pena de prisión de tres a

*cinco años, el libelista acudió a la casación excepcional prevista en el inciso tercero del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, con el propósito de sentar criterio jurisprudencial en relación con “el ámbito de la tipicidad y el objeto jurídico de la norma sustancial contenida en el art. 312 del C.P. de 2000”.*

**CARGO ÚNICO: VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL:** *Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el defensor afirma que se violó de manera directa la ley sustancial, en particular el artículo 312 del Código Penal, por aplicación indebida. Ello por cuanto los falladores se salieron del marco objetivo (tipicidad) del delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, para ubicar dentro de la norma hechos que no caben en ella.*

*Así, refiere que el tipo penal del artículo 312 exige objetivamente a) ejercer una actividad que corresponda a un monopolio; b) que ese monopolio se haya establecido como arbitrio rentístico; c) que para tal actividad no se tenga autorización o permiso de la autoridad competente; d) que se deba pagar el impuesto. La conducta de los procesados se concretó, señala, en la realización de la rifa de un vehículo usado con premios secos en dinero efectivo sin pagar impuestos; sin embargo, esa clase de juego está prohibido en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 1968 de 2001, y, por tanto, no se encuentra incluida dentro del monopolio del Estado con fines rentísticos. Por ende, su realización no genera tributos, con lo cual el fisco del Estado no resultó lesionado.*

*Consecuencia lógica de lo anterior, agrega, es que las rifas sin permiso de autoridad y sin el pago de impuestos, no encajan en la descripción objetiva del artículo 312 del Código Penal y, por tanto, las sentencias*

*de primera y segunda instancia proferidas contra los procesados conllevan aplicación indebida de la norma sustancial contenida en dicho artículo. Por ello, la demanda pretende obtener la efectividad del derecho material, la unificación de la jurisprudencia, restablecer el debido proceso y lograr la reparación de los agravios inferidos a los procesados al emitirse una sentencia de condena respecto de unos hechos no contemplados como delictivos en el artículo 312 del estatuto penal. Finalmente, solicita a la Sala casar el fallo atacado y en su lugar proferir la sentencia que estime ajustada a derecho.*

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:** *En orden a definir el único cargo formulado por el censor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 11 de noviembre de 2010, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad el 24 de agosto del mismo año, la Sala analizará los siguientes tópicos: i) La naturaleza jurídica del monopolio de arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar; ii) El bien jurídico protegido en el artículo 312 del Código Penal y las modalidades conductuales previstas en ese tipo penal; iii) el caso concreto.*

**i) El monopolio de juegos de suerte y azar:** *Conforme al artículo 333 de la Carta Política, el régimen económico vigente en Colombia se caracteriza por la libertad de empresa y de iniciativa privada para el desarrollo de las actividades de ese orden sin más límites que el bien común, de suerte que los particulares no requieren para su ejecución permisos previos ni requisitos adicionales, salvo los expresamente previstos en la ley.*

*Con todo, excepcionalmente y sólo mediante la expedición de una ley, ciertas actividades pueden ser restringidas a los coasociados con el*

*único propósito de privilegiar el interés público o social. Tal restricción, prevista en el canon 336 de la Constitución Nacional, se conoce como monopolio de arbitrio rentístico y en virtud de ella el Estado se reserva para sí la ejecución de una labor o el ofrecimiento de un bien o servicio con el propósito de obtener recursos con una finalidad o destinación específica.*

*La Corte Constitucional en diferentes ocasiones ha tenido la oportunidad de revisar el tópico de los monopolios, definiéndolos de la siguiente manera. “Un monopolio es, desde el punto de vista económico, una situación en donde una empresa o individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio; también puede configurarse cuando un solo actor controla la compra o distribución de un determinado bien o servicio. Por su parte, la Carta autoriza, excepcionalmente, el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (CP art. 336), en virtud de los cuales el Estado, se reserva la explotación de ciertas actividades económicas, no con el fin de excluirlas del mercado, sino para asegurar una fuente de ingresos que le permita atender sus obligaciones”<sup>199</sup>.*

*Son diversas las actividades que el Estado ha reservado para su exclusivo ejercicio y control, así: la producción e importación de licores, la fabricación e introducción al país de armas y municiones, y la ejecución de los juegos de suerte y azar, entre otros. Como el asunto propuesto en la demanda se relaciona con el monopolio de los juegos de suerte y azar, la Sala revisará la normatividad relativa al mismo y, en particular, a las rifas.*

---

<sup>199</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de noviembre 15 de 2001. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el día 1 de junio de 2014.

*El primer antecedente sobre la prohibición de los juegos de suerte y azar se encuentra en la Ley 64 de 1923 que, de un lado definió las loterías como un juego en billetes fraccionados con premios en dinero de carácter permanente, cuya explotación se atribuyó a los departamentos y, de otra parte, prohibió las llamadas loterías de carteles que habían sido autorizadas mediante la Ley 98 de 1888, las cuales se asemejaban a las actuales rifas.*

*Con posterioridad, mediante Ley 19 de 1932, el legislador otorgó autorización a las asambleas departamentales y a los municipios para vigilar que “ninguna rifa establecida o que se establezca en el país puede lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes fraccionados ni repartir ningún premio en dinero en cualquier cantidad que sea ni podrá ser de carácter permanente”, y les defirió la facultad de imponer multas en caso de incumplimiento, evento en el cual el producto de las mismas ingresaría al fondo especial de la beneficencia del respectivo ente territorial.*

*Luego, mediante Decreto 537 de 1974, el Gobierno Nacional definió y reglamentó la materia de las rifas precisando que “ninguna persona, natural o jurídica, establecida o que se establezca en el país puede organizar ni realizar rifas permanentes, ni lanzar a la circulación ni tener ni vender billetes de rifas fraccionados, en cualquier cantidad que sea. Solamente las loterías oficiales establecidas o que se establezcan de acuerdo con la ley, pueden lanzar a la circulación y vender billetes fraccionados”.*

*De esta manera, en la mayor parte del siglo pasado las rifas transitaban por periodos sucesivos de prohibición seguidos de otros de permisión,*

*pero sujetas a la obtención de autorización de parte de los entes territoriales designados en la ley. Con todo, no hacían parte de ningún monopolio fiscal. Sólo con la expedición de la Ley 10 de 1990 el Estado colombiano estableció el monopolio de arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar, incluyendo en él las rifas, así: “Artículo 42. Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y las apuestas permanentes existentes”.*

*Con posterioridad, con la expedición de la Carta Política de 1991, se reconoció la existencia de algunos monopolios, bajo las siguientes condiciones. “Art. 336. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas del ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. (...)” (subrayas fuera de texto).*

*De otra parte, la forma inicial de este monopolio (artículo 42 de la Ley 10 de 1990) fue modificada por el artículo 285 de la Ley 100 de 1993,*

así *“Art. 285. Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores aquí previstas. La concesión de permisos para la ejecución de rifas que no sean de carácter permanente, cuyo plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales y se ofrezcan al público exclusivamente en el territorio del respectivo municipio o distrito, será facultad de los alcaldes municipales y distritales.*

*Las sumas recaudadas por concepto de permisos de explotación o impuestos generados por estas rifas se transferirán directamente al Fondo Local o Distrital de Salud. Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento de estas rifas, así como su régimen tarifario”. (Subrayas fuera de texto) Esta preceptiva ratifica la condición de monopolio de los juegos de suerte y azar, pero excluye del mismo las rifas menores cuyo plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales, cuando se ofrezcan al público en un único territorio municipal o distrital, caso en el cual “será facultad de los alcaldes municipales o distritales”.*

*Posteriormente se expidió la Ley 643 de 2001 por cuyo medio el legislador cumplió el mandato constitucional de proveer un marco legal para el ejercicio de esa actividad monopolística y, además, volvió a incluir todas las rifas, mayores y menores, como actividades sujetas al monopolio. En tal virtud lo definió en los siguientes términos. “Art. 1. El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los*

*particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”. (Subrayas fuera de texto) Y sobre las rifas estableció: “Artículo 27. Rifas. Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual se sortean, en una fecha predeterminada premios en especie entre quienes hubieren adquirido o fueren poseedores de una o varias boletas, emitidas en serie continua y puestas en venta en el mercado a precio fijo por un operador previa y debidamente autorizado. Se prohíben las rifas de carácter permanente”.*

*“Art. 28 Explotación de rifas. Corresponde a los municipios, departamentos, al Distrito Capital de Bogotá, y a la Empresa Territorial para la Salud (ETESA), la explotación, como arbitrio rentístico, de las rifas. Cuando las rifas se operen en un municipio o el Distrito Capital, corresponde a estos su explotación. Cuando las rifas se operen en dos o más municipios de un mismo departamento o un municipio y el Distrito Capital, su explotación corresponde al departamento, por intermedio de la Sociedad de Capital Público Departamental (SCPD). Cuando la rifa se opere en dos o más departamentos, o en un departamento y el Distrito Capital, la explotación le corresponde a ETESA”. De esta manera, desde el 17 de enero de 2001<sup>200</sup> todos los juegos de suerte y azar, incluidas la rifas menores, integran dicho monopolio y, por ende, sólo pueden realizarse previa autorización de la autoridad competente, luego de cumplirse las exigencias legales.*

*Como excepción a dicho monopolio, el artículo 5 de la Ley 643 de 2001, estableció: a) los juegos de suerte y azar de carácter tradicional,*

---

<sup>200</sup> En esta fecha se publicó la Ley 643 de 2001 en el Diario Oficial No.44.294.

familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros; b) las competiciones de puro pasatiempo o recreo; c) los sorteos promocionales de los operadores de juegos localizados, comerciantes o industriales para impulsar sus ventas; d) las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos; e) los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y f) los sorteos de las sociedades de capitalización.

**ii) EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 312 DEL CÓDIGO PENAL.** El delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, se encuentra tipificado en el artículo 312 del Código Penal, de la siguiente manera<sup>201</sup>, “Artículo 312. El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”. El tenor literal de dicha preceptiva indica que la conducta punible puede concretarse de dos formas: a) Ejerciendo una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización. b) Utilizando elementos o modalidades de juego no oficiales.

**iii) EL CASO CONCRETO:** En el evento bajo examen, se tiene que la actividad desplegada por los procesados consistió en la realización, sin autorización, de una rifa cuyo plan de premios incluía un vehículo automotor usado y dinero en efectivo.

---

<sup>201</sup> El tipo penal original ha sido modificado sucesivamente en cuanto a la pena, así: Art. 14 de la Ley 890 de 2004; Art. 35 de la Ley 1142 de 2007 y Art. 26 de la Ley 130 de 2010. Con todo, la norma aplicable al caso es la original, por ser la vigente al momento de concretarse los hechos investigados y, además, resultar favorable a los procesados en punto de la pena.

*Tal comportamiento, contrario a lo afirmado por el censor, sí encuentra adecuación típica en el artículo 312 del Código Penal, porque comportó el ejercicio sin autorización de una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, esto es, una rifa, sin que tenga relevancia para la configuración del tipo que el plan de premios incluyera unos elementos cuyo ofrecimiento, por expresa disposición legal, se encuentra proscrito.*

*Ello por cuanto es la realización de cualquier clase de juego de suerte y azar, sin autorización, lo que configura el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, y la rifa ejecutada por MARCELINO CASTRO CERQUERA y RODRIGO VÁSQUEZ VILLANUEVA, indiscutiblemente, ostenta tal condición.*

*En tal sentido, la Corporación ha señalado cómo el delito se configura con la simple ejecución, sin permiso de autoridad competente, de cualquier clase de juego de suerte y azar, así: “Lo anterior no significa, como lo sugiere la libelista, que el intérprete judicial con violación de los principios de legalidad y de tipicidad sea quien deba individualizar realmente la conducta incriminada, menos aún, que dentro del ámbito de represión de la misma queden comprendidas todas las acciones humanas referidas a los monopolios públicos, simplemente implica que no precisa de unas específicas circunstancias comisivas, ni de una determinada forma de ejecución, de manera que basta con que el agente incurriere por cualquier medio o de cualquier manera en la actividad económica que el Estado por virtud de la ley ha reservado como un monopolio de arbitrio rentístico. (...) Así las cosas, tampoco resulta admisible el criterio de quedar subsumidas en el punible del ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, todas aquellas conductas desplegadas por el sujeto activo con miras a*

*confundir al consumidor del producto con un fingimiento de la naturaleza indicada, pues se reitera, el delito se perfecciona cuando el agente ejecuta la acción prohibida en la norma, esto es, al efectuar una actividad económica respecto de la cual el Estado por ministerio de la ley tiene su monopolio, establecido con fines de interés público o social, cualquiera que sea el medio al cual acuda o del que se valga para alcanzarlo<sup>202</sup>. (Subrayas fuera de texto). Por tanto, en punto de tipicidad objetiva no hay lugar a constatar aspectos diferentes a la ejecución de un juego de suerte y azar carente de autorización, tal como acaeció en este caso, donde la prueba recaudada en el proceso permitió a los juzgadores de instancia corroborar la configuración de esa hipótesis.*

*Ahora, sostiene el censor que la rifa realizada por los procesados se encuentra proscrita en el artículo 2 del Decreto 1968 de 2001, siendo imposible obtener licencia para su realización y, además, no generaba derechos rentísticos para el fisco, descartándose con ello su tipicidad por cuanto no puede haber monopolio de arbitrio rentístico sobre rifas prohibidas. Con todo, esa tesis desconoce la naturaleza jurídica del tipo penal en cuestión, deviniendo sofística en la medida que plantea argumentos aparentemente lógicos pero que en realidad funden dos temáticas diversas, ocultando el trasfondo del asunto. En efecto, el demandante mezcla dos contextos diferentes, pues uno lo configura la constitución del monopolio y las actividades que lo conforman y otro distinto lo constituye la regulación establecida para el desarrollo del mismo. Así, la Ley 643 de 2001 claramente define el monopolio como “la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales*

---

<sup>202</sup> Cfr. Decisión del 8 de octubre de 2001, Rad. No. 15793.

*los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”.*

*Dicha preceptiva incluye dentro del monopolio todos los juegos de suerte y azar, esto es, tanto los permitidos como los prohibidos, por manera que ninguna de esas actividades puede realizarse libremente por los particulares, quienes siempre deben someterse a las pautas y reglas fijadas por el Estado. Derivada de la facultad deferida por la ley para “explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar”, el Estado cuenta con la potestad de reglamentar la forma como deben ejecutarse las actividades que conforman el monopolio, es decir, las rifas, los juegos de casino, las maquinitas, los esferódromos, etc. En virtud de esa prerrogativa, ha definido la participación de los particulares en el ejercicio del monopolio, delineando cómo debe ejercerse, fijando el monto de la contribución destinada para financiar el sector salud e, incluso, prohibiendo la realización de algunas modalidades de juego. Para el caso, proscribió la rifa de objetos usados y dinero en efectivo, así:*

*“Decreto 1968 de 2001. Artículo 2o. Prohibiciones. Están prohibidas las rifas de carácter permanente, entendidas como aquellas que realicen personas naturales o jurídicas, por sí o por interpuesta persona, en más de una fecha del año calendario, para uno o varios sorteos y para la totalidad o parte de los bienes o premios a que se tiene derecho a participar por razón de la rifa. Se considera igualmente de carácter permanente toda rifa establecida o que se establezca como empresa organizada para tales fines, cualquiera que sea el valor de los bienes a*

*rifar y sea cual fuere el número de establecimientos de comercio por medio de los cuales la realice. Las boletas de las rifas no podrán contener series, ni estar fraccionadas. Se prohíbe la rifa de bienes usados y las rifas con premios en dinero. Están prohibidas las rifas que no utilicen los resultados de la lotería tradicional para la realización del sorteo”.*

*Sin embargo, la prohibición de ejecutar ciertas modalidades de juego de ninguna manera comporta su exclusión del monopolio, que se regula de una manera general. Por el contrario, ratifica el ejercicio y control del mismo por parte del Estado, al determinar las modalidades de juego que autoriza y las que no permite. Obviamente, en relación con los juegos expresamente proscritos no es posible obtener permiso de la autoridad competente para su ejercicio, por estar eliminados del mundo jurídico en aras de proteger valores preponderantes, pero ello no implica que no hagan parte del monopolio porque éste cobija a todos los juegos de suerte y azar, sin excepción. De otra parte, también resulta desacertada la afirmación del libelista, según la cual “hacer una rifa prohibida por la ley sin pagar impuesto dedicado al arbitrio rentístico” no configura el delito porque no afecta los recursos estatales. En efecto, el artículo 312 del Código Penal no establece como elemento normativo del tipo “el deber de pagar impuestos”, como lo aduce el censor y, de otra parte, tal elemento tampoco surge de la naturaleza del bien jurídico protegido.*

*Como se indicó al empezar este análisis, el delito en cuestión se concreta cuando se ejerce una actividad establecida como monopolio, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilizando elementos o modalidades de juego no oficiales. De esta manera, la descripción típica no menciona, ni involucra como elemento del tipo,*

*esto es, como requisito sine qua non para la configuración del delito, la omisión en el pago de la contribución prevista en la ley. Ello, además, porque el bien jurídico protegido es el orden económico y social, el cual hace referencia a las reglas sobre dirección y planificación de la economía, siendo una de ellas la relacionada con el establecimiento de los monopolios de arbitrio rentístico. Por tanto, quien ejecuta las actividades incluidas en esa clase de monopolio sin someterse a la regulación estatal vulnera el orden económico y social, pues desconoce los parámetros dispuestos para la operación del mismo. En otros términos, el bien jurídico orden económico y social protegido en el tipo penal del artículo 312 del Código Penal es amplio, complejo y comprende una variada gama de principios. Así, a modo de ejemplo, busca asegurar el respeto de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, propende por la seguridad y seriedad jurídica de los juegos de suerte y azar, pretende la estabilidad del orden económico diseñado por las autoridades estatales, entre otros. En este punto del análisis, debe recordarse cómo la norma penal ostenta una doble función: en primer término, proteger los bienes jurídicos definidos por el legislador como fundamentales para garantizar la convivencia social y, en segundo lugar, motivar a los individuos integrantes de la comunidad para que respeten esos presupuestos esenciales y se abstengan de vulnerarlos.*

*En ese orden, constituyen valores fundamentales a proteger por el derecho penal no sólo los individuales, esto es, la vida, la libertad, el honor, etc., sino también los colectivos, dentro de los que se ubica el respecto por la organización económica determinada en la Constitución y en la ley, necesaria para el ejercicio ordenado de los derechos de las personas y su adecuado desarrollo en el entorno social. En tal sentido, la Corporación ha señalado respecto del bien jurídico protegido en el*

*canon 312 del Código Penal: “Pero, si en gracia de discusión se admitiera el pago de los impuestos en acatamiento al Decreto Ordenanza 4800 de 1996 expedido por el Gobernador de Antioquia, la Corte enfatiza en que tratándose de este delito con el cual se protege el bien jurídico del orden económico y social, si bien tradicionalmente el Estado ha buscado con los juegos de suerte y azar la producción de dividendos traducidos en ingresos fiscales y su explotación sin control, a la postre, limita los recursos que se destinan a la prestación de servicios de salud, ello no se debe sopesar solamente en términos cuantitativos relacionados con la eventual evasión de impuestos, sino que se debe ir más allá en cuanto el ámbito de ese tipo de juegos ha de ofrecer seguridad y confianza al apostador.*

*Por eso mismo se rodea todo el proceso del juego de claras reglas a seguir, como la autorización de su explotación, la forma de la misma, los formularios a emplear, la vigilancia por parte de las autoridades de la realización de los sorteos, la verificación de la entrega de los premios, etc., pues a pesar de lo impredecible y aleatorio que constituye el juego en sí, se le debe blindar su práctica a fin de ofrecer seguridad al ciudadano, máxime en un país como el nuestro, en el que miles de personas día a día depositan en las apuestas la esperanza de un cambio de vida<sup>203</sup>. Pero, además, contrario a lo sugerido por el casacionista, la realización de una rifa proscrita, esto es, excluida por la ley del mundo jurídico, también comporta la reducción de recursos fiscales.*

*Así, quien organiza un sorteo ciñéndose a los parámetros legales, obtendrá autorización y cancelará los tributos previstos en la ley. En cambio, esas rentas dejarán de percibirse tanto si la rifa se realiza en*

---

<sup>203</sup> Cfr. Providencia del 1 de abril de 2009, Rad. No. 26806.

*una modalidad permitida, pero sin el permiso respectivo, como cuando se ejecuten en una modalidad prohibida. Estas situaciones comportan similares resultados, esto es, el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, con la consecuente afectación de los recursos estatales que, en cualquiera de los casos, se dejan de recibir. De otra parte, en punto de la segunda modalidad conductual prevista en el artículo 312 del Código Penal, la Sala encuentra que los juegos de suerte y azar prohibidos son una forma de juego no oficial, cuya ejecución también se encuentra proscrita, razón por la cual, por este aspecto, también puede afirmarse la tipicidad del comportamiento desplegado por los señores CASTRO CERQUERA y VÁSQUEZ VILLANUEVA. Conceder lo contrario sería tanto como generar un espacio para la ilicitud. Por todo lo anterior, no resulta acertada la afirmación de la delegada del Ministerio Público, según la cual la calidad de los bienes ofrecidos en rifa impedía que fueran objeto de monopolio de arbitrio rentístico, pues olvida que lo que constituye monopolio es la actividad de juegos de suerte y azar y no la clase de bienes que se ofrecen como premio.*

*En suma, la Colegiatura encuentra que los argumentos otorgados por el censor no logran demostrar la atipicidad de la conducta desplegada por los procesados y, consecuentemente, demostrar la violación directa de la ley por parte de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 11 de noviembre de 2010, permaneciendo incólume la doble presunción de acierto y legalidad que ampara esa determinación. En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: NO CASAR la sentencia impugnada. Contra esta providencia no procede recurso alguno.*

## 2. Conclusión

Como conclusión de nuestro trabajo, pensamos que el Delito de Monopolio Rentístico, tipificado por el Código Penal colombiano en su artículo 312, deja serios interrogantes, no solo en la legislación criminal si no en todos nuestros sistemas jurídicos nacionales, ya que de la afectación y lesiones a los bienes jurídicos tutelados en el tipo penal expuesto, existe una conculcación de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos colombiano, violentados en su honra y buena fe desde el punto de vista de la configuración como principio constitucional rector.

Otra conclusión podría ser, que pensamos que el mandato Constitucional superior del artículo 338 de la Constitución Política de Colombia, direcciona la destinación y manejo de los monopolios rentísticos y económicos, al establecer que *tales monopolios tendrán una utilización social y comunitaria de los fondos captados, y valorados en las rentas y capitales acumulados con ocasión del monopolio rentístico*,<sup>204</sup> lo que en la realidad social no se ve en nuestro país, ya que muchas personas, es decir, agentes o sujetos activos de la conducta penal estudiada, no destina estos recursos para la apropiación y afección social del capital, sino para lucros privados y autónomos de enriquecimientos sin justa causa, o para las arcas personales de los rentistas monopolísticas.

Sobre el arbitrio rentístico que tipifica el Delito del ejercicio Ilícito de la actividad Monopolística y su adecuación típica, la Corte Constitucional ha dicho: *La Constitución, definió el monopolio de juegos de suerte y azar como una actividad de arbitrio rentístico y de interés público y social, entendiendo, entonces, que los dividendos o las rentas que con el juego se generen no podrán tener una destinación específica diferente a la que señala la misma norma superior, la cual*

---

<sup>204</sup> *Ibidem.*

*para las rifas se concentra en la prestación de los servicios de Salud a la población vinculada, (se incluye la financiación de éstos, su pasivo pensional, prestacional) o para la vinculación al régimen subsidiado, en la forma prevista en las disposiciones pertinentes, favoreciendo a las personas de menores ingresos, todo ello, como se anotó, en ejercicio de las atribuciones de intervención en la economía por parte del Estado para garantizar el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, conforme al artículo 334 constitucional; destinación que también apunta al fortalecimiento de la investigación en áreas de la salud que pertenecen a la Nación.<sup>205</sup>*

*Sobre los monopolios rentísticos, la Constitución dejó al Legislador su creación: En efecto, la Constitución no creó directamente de manera específica los monopolios rentísticos sino que dejó al legislador la creación de los mismos, además del señalamiento del régimen propio a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo 336 y que comprende la organización, administración, control y explotación de los “arbitrios rentísticos” con carácter monopolístico, como lo es la explotación de los juegos de suerte y azar, dentro de los cuales se encuentran las rifas.<sup>206</sup>*

*Sobre el monopolio, dijo que lo ejerce el Estado con el propósito de obtención de recursos con destino social: Debe concluirse, necesariamente, que estas actividades monopolizadas se deben realizar bajo autorización legal expresa o a través de la celebración de contratos con entidades públicas titulares del monopolio estatal, luego todas ellas se encuentran fuera del ámbito propio de los particulares, cuyo propósito es lucrativo y persiguen beneficios individuales, privados y personales, mientras que el monopolio estatal de rentas derivado de la explotación de las rifas tiene un exclusivo propósito de obtención de recursos económicos con destino social, común y público, el cual corresponde a la*

---

<sup>205</sup> Sentencia C-539 de 1997. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el día 4 de abril de 2015.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

*formulación constitucional que apunta específicamente a la financiación del servicio de salud.*<sup>207</sup>

Al constituirse como monopolio rentístico estatal su objeto es obtener recursos para el Estado y la ley autoriza a particulares operar actividades propias del monopolio con fines de interés público y social, ya que la ley busca el propósito social de evitar que el público sea objeto de engaño: *Como se destaca el legislador al establecer el régimen propio de las rifas no sólo persigue la orientación al interés público tendiente a procurar el recaudo, manejo y administración de las rentas provenientes de la explotación de actividades monopolizadas por el Estado, sino que también tiene un propósito social de evitar que el público sea objeto de engaño por particulares inescrupulosos, lo que conllevaría a la pérdida de credibilidad en esta actividad controlada por el Estado, razón para consagrar normas que establezcan las condiciones y requisitos para la explotación de las rifas.*<sup>208</sup>

### 3. Bibliografía

Castañón, J.M.P. (1996). El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el derecho penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios? Anuario de derecho penal y ciencias penales, 49 (3), pp. 909-942.

Código Penal Colombiano. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

Corte Constitucional, Sentencia C-1191 de noviembre 15 de 2001. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el día 1 de junio de 2014.

---

<sup>207</sup> *Ibidem.*

<sup>208</sup> *Ibidem.*

Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 1992. Magistrado Ponente: alejandro Martinez Caballero.

Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Penal, siendo Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz, Aprobado en el Acta No. 373, de fecha Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011).

Decisión del 8 de octubre de 2001, Rad. No. 15793.

Díaz, M., & Conlledo, G (2013). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. Nuevo foro penal, 3(71), pp. 115-144.

En esta fecha se publicó la Ley 643 de 2001 en el Diario Oficial No.44.294.

Fernández, J (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? En: revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios, Año 17 – No.1, pp. 51-99.

Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. En: Revista Cuestiones constitucionales. Núm. 15 Julio-diciembre. Pp.25-40.

Flores, B. R. (2001). La imputación objetiva en los delitos imprudentes. En: Anales de derecho (No. 19, pp.259-278). Servicio de publicaciones.

Hernández, D. (200). Cultura y vida cotidiana. Apuntes teóricos sobre la realidad como construcción social. En: Revista sociológica. Año.15 No.43. Mayo-Agosto.pp.87-102.

Lázaro, S & Guanarteme, F. (2010). De construyendo el riesgo permitido. Delitos contra la salud pública, principio de precaución, delitos contra la seguridad vial. *Revista penal*, (25), pp. 136-150.

Mejía, O. & Guzmán, A. (2002). La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica. En: *Revista pensamiento jurídico*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. No. 15.pp. 37-50.

Mir Puig Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal Español*. Editorial IBdeF. Montevideo. 2003.

Providencia del 1 de abril de 2009, Rad. No. 26806.

Ramírez, C. A. M. (2014). Monopolio de licores y proscripción de destilados ilegales en Colombia. *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, (19), pp. 69-70.

Roxin, Clauss. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus Editores.

Rusconi, M. A. (1996). La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente, *Revista Jueces para la democracia*, (27), pp. 62-68.

Sentencia C-539 de 1997. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultado el día 4 de abril de 2015.

## **Parte VI: SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHO PENAL**

## “EJECUCIÓN DE LA PENA - MUJERES PRIVADA DE LA LIBERTAD – DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA – ANALISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO”

**Por:** Haydee Hernández Vargas<sup>209</sup>

**I. Resumen.** El presente escrito está encaminado a realizar propuestas concernidas con la Justicia de género, a través del inacabado proceso en la construcción a la igualdad y la aplicabilidad de la justicia enmarcada en las políticas de género dentro del desarrollo de nuestro derecho positivo. Por tanto, se presenta un estudio enfatizado y concebido como un sistema multidisciplinario de información, que permita debatir y analizar las decisiones tomadas por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Cartagena, en defensa de los Derechos Constitucionales que tienen las mujeres que se encuentran cumpliendo pena en la cárcel Distrital de San Diego.

**II. Palabras Claves.** Mujer, Decisión Judicial, Perspectiva de Género, Derechos Fundamentales, Justicia y Equidad, Garantías de la Ejecución de Penas de las Internas condenadas y reclusas en la Cárcel Distrital de San Diego.

**III. Abstract.** This writing is intended to make proposals concerned with gender justice through the unfinished process in building equality and enforceability of framed justice in gender policies in the development of positive law. Thus, a stressed and conceived as a multidisciplinary information system that allows debate and analyze the decisions made by the judges of Execution of Sentences and Security Measures Judicial District of Cartagena, study in defense of Constitutional Rights that have presented women who are serving prison sentences in the District of San Diego.

---

<sup>209</sup> Abogada. Egresada de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

**IV. Key Word.** Woman, Judicial Decisions, Gender Perspective, Fundamental Rights, Justice and Equity, Performance Warranty of Penalties and Convicted of Internal held at the District Jail San Diego.

## 1. Introducción

Presento ante ustedes una investigación dirigida a la responsabilidad penal de la mujer, que una vez condenadas, se analiza cuáles son los mecanismos que tienen para la consecución de beneficios ante los juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena, por tanto presentare un estudio enfatizado y concebido como sistema multidisciplinario de información, comunicación, debate, análisis y propuestas en relación con los diferentes ámbitos que afectan al desarrollo de la justicia, en tratándose, de los punibles cometidos por las mujeres en el Distrito Judicial de Cartagena. Así mismo se analizará la sobrepoblación carcelaria como consecuencia que la Cárcel Distrital de San Diego no cumple con los arraigos de ALTA SEGURIDAD encontramos condenadas de más de 35 años de prisión, por lo que el desdén de estas circunstancias en cuanto a su población carcelaria que más exactamente se tienen 140 reclusas, donde solo 44 de ellas se encuentran con sentencias condenatorias en firme. De igual manera se reflexionará sobre la problemática en torno a la discriminación por razones de sexo, que sea insertado en el núcleo más duro de los derechos fundamentales y, por lo tanto, es una cuestión de justicia que debe preocupar y concernir a todos los ciudadanos y ciudadanas. Ciertamente, la mujer en busca de la reivindicación social, en ocasiones ha llevado a un mal concepto del empoderamiento que alude a la expansión y capacidades de las personas para hacer elecciones de vida estratégicas y tomar control sobre sus destinos, en un contexto donde estas capacidades les estaban previamente negadas, lo que ha conllevado a que algunas mujeres tomen los caminos equivocados y por esta razón se encuentran recluidas en centros penitenciarios y carcelarios.

Se presenta una investigación aplicada- socio jurídica del tipo exploratoria, descriptiva y analítica, se han usado como herramientas metodológicas las fuentes primarias (encuestas, entrevistas, etc.); fuentes secundarias (textos referentes al tema, datos suministrados por las entidades encargadas, entre otros); así mismo se ha tenido en cuenta la información recopilada del internet, teniendo como población de estudio las Internas Condenadas en la Cárcel Distrital de San Diego.

### **1.1. Situación Jurídica y Tendencias de Criminalidad Femenina en el Distrito Judicial de Cartagena**

De la información suministrada por la Asesora Jurídica Externa de la Cárcel Distrital de San Diego Dra. Juana Julio Restrepo, en este centro penitenciario y carcelario hasta la fecha se encuentran recluidas 144 mujeres por diferentes punibles y solo 44 de ellas cuentan con sentencias condenatorias ejecutoriadas, así las cosas estaríamos hablando de un 69.44% de las mujeres privadas de libertad están en la actualidad sindicadas, mientras que el 30.55% cuenta con condenas -en primera y segunda instancia- que les permitirá acudir ante el Juez de Ejecución de la Pena.

Observamos que se presenta un altísimo porcentaje de mujeres procesadas cuya responsabilidad penal aún no se ha definido judicialmente, por lo que se presume su inocencia -lo mismo que la de quienes no cuentan aún con sentencias definitivas-, así las cosas, se hace indispensable que se adopten medidas en materia de aplicación de los criterios de clasificación, prácticamente inexistentes en las penitenciaría femeninas, como consecuencia de la infraestructura de espacios únicos de reclusión en la mayoría de los casos; siendo esto así, se hace un gran esfuerzo por parte de las directivas del centro penitenciario referenciado, ello, para aplicar adecuadamente los parámetros definidos en la ley y en los instrumentos internacionales en esta materia, pues se observa en este sentido

especifico que dicho centro penitenciario no tiene forma de separar a las mujeres condenadas de las que aún no lo están, sumado a ello la construcción no es la más adecuada, por tanto vulnera los Derechos Fundamentales de estas Mujeres que por errores de la vida hoy día se encuentran pagando una condena.

Ahora bien, referente a las tendencias de criminalidad en el Distrito Judicial de Cartagena, observamos des de la información aportada por los Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, quienes se encarga de la vigilancia y control de las sentenciadas, por tanto en el análisis de los delitos estudiados desde el año 2012 hasta el 31 de julio de 2014 se ilustra a continuación:

**Tabla I:**

<b>DELITOS CONTRA LA VIDA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
HOMICIDIO	1		
HOMICIDIO EN GRADO DE TENTIVA		2	1
LESIONES PERSONALES	12	6	4
ABORTO	4	1	
<b>TOTAL</b>	<b>17</b>	<b>9</b>	<b>5</b>

**Tabla II:**

<b>CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUAL</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
ACCESO CARNAL VIOLENTO		2	2
ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS		2	
ACTO SEXUAL VIOLENTO CON MENOR DE 14		1	2
ESTIMULO A LA PROSTITUCIÓN DE	2	4	1

MENORES			
PORNOGRAFIA CON MENORES	1	3	
<b>TOTAL</b>	<b>3</b>	<b>12</b>	<b>5</b>

**Tabla III:**

<b>CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
INJURIA	2		
<b>TOTAL</b>	<b>2</b>		

**Tabla IV:**

<b>CONTRA LA FAMILIA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	1		4
<b>TOTAL</b>	<b>1</b>		<b>4</b>

**Tabla V:**

<b>DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
HURTO	17	12	10
HURTO CALIFICADO	12	14	6
HURTO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA	6		3
HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS		1	1
ABUSO DE CONFIANZA	5	2	1
ABUSO DE CONFIANZA CALIFICADO	5		
ESTAFA	7	6	5
EXTORSIÓN	6		3

EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA	1	1	2
<b>TOTAL</b>	<b>59</b>	<b>36</b>	<b>31</b>

**Tabla VI:**

<b>CONTRA LA SALUD PÚBLICA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
VIOLACIÓN A LA LEY 30 DE 1986	12	6	12
FABRICACIÓN TRAFICO Y PORTE DE ESTUPEFACIENTE	55	14	38
DESTINACIÓN ILICITA DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES		3	2
CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILACTICO		2	1
<b>TOTAL</b>	<b>67</b>	<b>25</b>	<b>53</b>

**Tabla VII:**

<b>CONTRA LA FE PÚBLICA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
FALSEDAD PERSONAL	3		1
FALSEDAD IDEOLÓGICA		5	2
FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO	14	1	2
FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO		5	6
<b>TOTAL</b>	<b>17</b>	<b>11</b>	<b>11</b>

**Tabla VIII:**

<b>CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
EJERCICIO ILICITO DE ACTIVIDAD MONOPOLISTA		2	2
RECEPTACIÓN	6		3
OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR	5	1	2
CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINERO			2
<b>TOTAL</b>	<b>11</b>	<b>3</b>	<b>9</b>

**Tabla IX:**

<b>CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
TRAFICO, FABRICACIÓN PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y/O MUNICIONES	5	4	8
PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LA AUTORIDAD	1	2	
CONCIERTO PARA DELINQUIR		1	2
<b>TOTAL</b>	<b>6</b>	<b>12</b>	<b>18</b>

**Tabla X:**

<b>CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
PECULADO POR APRPIACIÓN	4	1	1
PREVARICATO POR ACCIÓN		2	
USURPACIÓN DE FUNCIONES PUBLICAS	1		2
<b>TOTAL</b>	<b>5</b>	<b>3</b>	<b>3</b>

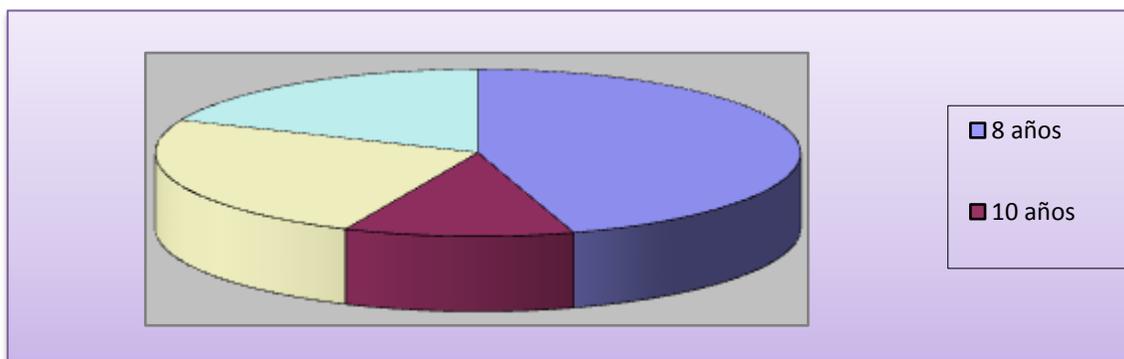
**Tabla XI:**

<b>CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
FRAUDE PROCESAL	7	2	
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>	<b>2</b>	

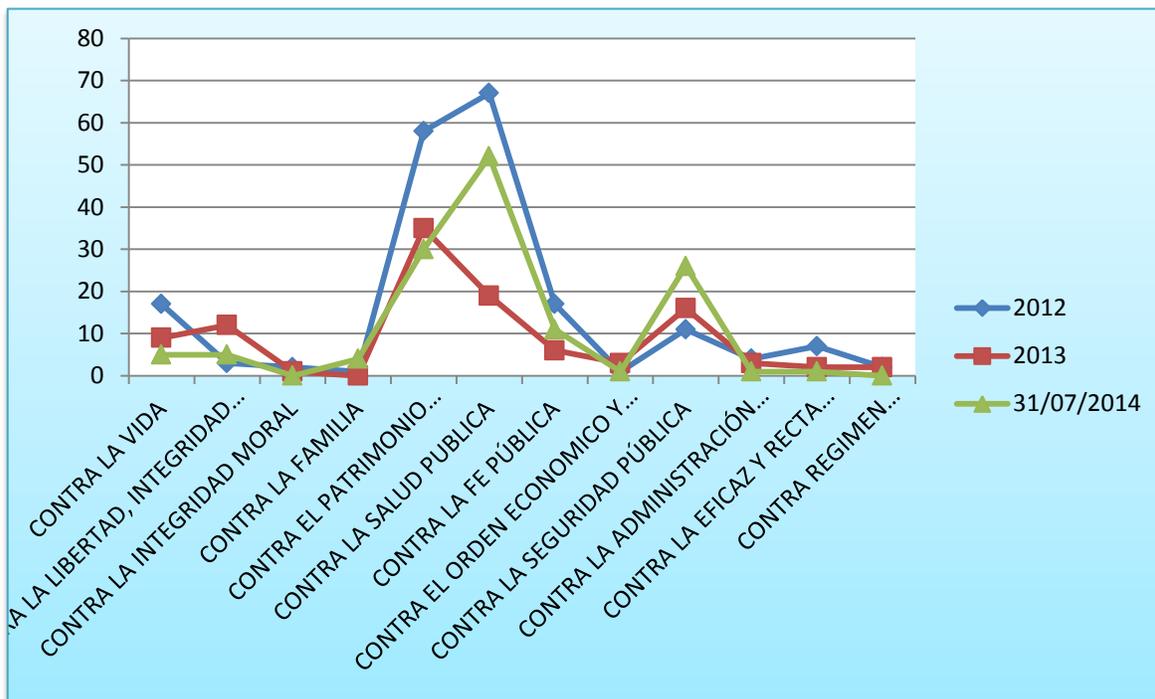
**Tabla XII:**

<b>CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>31 DE JULIO DE 2014</b>
REBELIÓN	2	2	
<b>TOTAL</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	

Destáquese que, las internas condenadas lo están, en un porcentaje superior al 50% a penas que no superan penas los 8 años de prisión, mientras que cerca de un 26.24% ha recibido condenas superiores a los 15 años, lo que, sumado a la corta edad de un sustancial porcentaje de la población, (estamos hablando de mujeres entre las edades de 18 a 56 años) evidencia la importancia de en la Cárcel Distrital se adopten programas de educación y trabajo que permitan su reintegración a la sociedad. La duración de las condenas se ilustra a continuación:



Ahora bien, observamos que las graves problemáticas sociales y económicas, dado que los delitos relacionados con estupefacientes, el homicidio y los delitos contra el patrimonio económico constituyen casi el 75.8% de las infracciones. De igual manera llama la atención, que las tendencias de criminalidad, el alto número de mujeres procesadas por delitos cometidos en el marco del conflicto armado interno (rebelión, extorsión, concierto para delinquir entre otros), como miembros de grupos armados irregulares la margen de la ley. Y genera preocupación, toda vez que no existe programas adecuados de capacitación para que una vez al cumplir la pena y/o al acceder algún beneficio sirva como garante que no volverán a cometer violaciones legales. A continuación la gráfica representa la tendencia criminal de las mujeres condenadas en el periodo comprendido de 2012 a 31 de julio de 2014.



Así las cosas, el anterior diagrama muestra claramente la situación en que se encuentran las procesadas con sentencias ejecutoriadas, los reveladores porcentajes permiten ver la problemática social y económica, toda vez que la Ciudad de Cartagena en un sitio turístico, por tanto hace que los delitos relacionados con estupefacientes, el homicidio y los delitos contra el patrimonio económico en suma constituyen el 83.7% de las infracciones.

## **1.2. Marco Normativo y Panorama Institucional desde la Perspectiva de Género**

Debemos entender desde la Perspectiva de Género se convierte en un concepto para ayudarnos a entender cómo la sociedad construye a las personas y cómo le asigna un rol a cada cual. Por tanto nos permite reflexionar y darnos cuenta, que en realidad los derechos humanos de las mujeres constituyen una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos Universales que deben de ser promovidos y protegidos en su pleno disfrute, son estas las razones que nos permite a las mujeres compartir problemas comunes que sólo pueden resolverse trabajando en conjunto y en solidaridad con los hombres para alcanzar el objetivo común de la igualdad de género en la eficacia de cualquier ordenamiento jurídico, esto depende, en medida muy importante, de la forma como funciona la administración de justicia. Ahora bien, cierto es, que el derecho se expresa en leyes y códigos que emanan de los órganos legislativos, su eficacia en definitiva está sujeta y depende de la forma en que dichas leyes y códigos son interpretados y aplicados por los Jueces, Tribunales y Cortes. Es importante hacer un llamado de atención de este punto en particular, precisamente, porque la forma en que interpretamos la Constitución y la Ley, debe ser desde una

construcción social, que está en manos tradicionalmente de los Jueces y Juezas de nuestro País<sup>210</sup>.

Hablar de la perspectiva de género en los asuntos o problemas sociales, económicos, políticos y jurídicos, es un elemento fundamental e indispensable para el análisis de los mismos, pues los cambios que se han ido poco a poco introduciendo en nuestra cultura, en nuestras creencias y en nuestros valores nos indican, que las relaciones entre las personas de ambos sexos, no deben ni tienen que ser más necesariamente de subordinación y dominio, sino de negociación, de diálogo y de solidaridad. Este enfoque de género presupone no sólo el Principio de Igualdad, que consiste en verificar si en cada situación que analizamos, se está respondiendo sin discriminación evidente, sino que comprende también el Principio de Relevancia, de suma importancia y según el cual, la diferencia de género debe ser considerada como factor relevante en la percepción de la realidad, pues de lo contrario, el igualitarismo conduciría a situaciones de desigualdad. La concepción de la igualdad de los sexos ante la ley, continúa diciendo, se fundamenta en que mujeres y hombres somos “igualmente diferentes”, por tanto ese factor relevante desde el análisis de las situaciones sometidas a nuestro conocimiento, contribuyendo a evitar tratos discriminatorios que constituyan una afirmación de los derechos de las mujeres sin importar el estado actual en que se encuentren (libres o recluidas en una prisión).

---

<sup>210</sup> Los derechos humanos de la mujer privada de la libertad en Colombia, Investigación realizada por la Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria, en coordinación con la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico, Norte de Santander, Santander, Meta, Valle del Cauca, Nariño y Antioquia. Bogotá, 2004.

### **1.3. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales de la población reclusa femenina en la Cárcel Distrital de San Diego**

Referente a la función de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, el fin está dirigido a “haber alcanzado en forma satisfactoria” los propósitos de reintegración social y, sobre todo por la “incapacidad tanto para garantizar la protección social como para contribuir de manera significativa a la enmienda de los condenados”. Se advierte entonces que en el período de la ejecución penal se concretan respecto a la sentencia enmarcada con los fines esenciales del Estado, en concreto, de propender por el respeto de la dignidad humana y asegurar la vigencia de un orden justo, a partir de los cuales resulta necesario reivindicar entonces la trascendencia de la ejecución penal.

A partir de los fundamentos constitucionales, se plantean los interrogantes atinentes a la naturaleza de la función de ejecución de penas y medidas de seguridad, lo que comportará la reflexión sobre la problemática del tratamiento de penitenciario buscando la esencia de la función de ejecución de penas y medidas de seguridad, con independencia de las diversas teorías sobre el fundamento y finalidades de la pena, debiéndose avanzar en la precisión del alcance partiendo como punto referencial, esto es, primeramente de la garantía de los derechos fundamentales (especialmente la protección del derecho a la vida digna y la salud) y en relación con la función de resocialización (estudio, trabajo y/o enseñanza) para brindar un principio de solución a los núcleos problemáticos más frecuentes en su ejercicio tanto en el ámbito sustancial -principio de favorabilidad, básicamente-, como en el procedimental, lo cual impone esclarecer, se anticipa, el ámbito de la competencia de los jueces de ejecución penal, las partes e intervinientes legitimadas para actuar en ese período y, desde luego, en el álgido punto de la asistencia técnica para esclarecer si el esquema concebido en los estatutos procesales de actual coexistencia jurídica guardan armonía con la Carta Política.

Una vez en firme la sentencia condenatoria se inicia una fase de igual trascendencia a las de investigación y juzgamiento de la conducta punible, en concreto, de ejecución de la pena o medida de seguridad, por virtud de la cual puede afirmarse entonces que el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, esto es, la persecución penal, no queda agotada ni finaliza con la imposición de aquélla o de ésta en un pronunciamiento definitivo, sino que se extiende a la vigilancia de las condiciones de su ejecución.

Así las cosas empieza la etapa concerniente al cumplimiento de la condena impuesta, para lo cual el juez a cargo de la Ejecución de la Pena, se encargara de velar el cumplimiento de la política criminal del estado, ante la ejecución de la sentencia establecida, así como también, a su vez debe velar por todos y cada uno de los derechos que comporta la sentenciada, pues la pena no solo puede ser castigadora, si no en virtud de este estado social y Democrático de Derecho, esa pena es y debe ser resocializadora, tal como se encuentra consagrado en el art. 4° de la C.N., que está deplorablemente relegada o minimizada en la práctica a pesar de que en dicho estadio se consolida, sin remisión a dudas, una legítima restricción de los derechos fundamentales de la sentenciada o asegurada, pues las limitaciones a las que son sometidos en dicho período obedecen al cumplimiento de una decisión jurisdiccional con tránsito a cosa juzgada, es decir, revestida de la doble presunción de acierto y legalidad, adoptada en una actuación que debió ser respetuosa del debido proceso y del derecho a la defensa, en general, de las garantías de partes e intervinientes.

Esta relevancia se afianza, de otra parte, ante la comprensión de que la respuesta al comportamiento que afecta o constituye un peligro efectivo para los bienes jurídicos socialmente relevantes, por tanto, erigido en infracción de la Ley Penal, desde luego, con mayor vigor a partir de la Carta Política de 1991, mal puede resultar ajena al esquema de Estado social y democrático de derecho, cuya existencia se justifica, como puede deducirse de la interpretación sistemática de

los artículos 1<sup>211</sup> y 2<sup>212</sup> Constitucionales, en cuanto propenda por el respeto de la dignidad humana.

Así las cosas, es decir, ante este fin esencial del Estado no es posible reducir el referido período a la exclusiva vigilancia objetiva del descuento de la pena o de la medida de seguridad impuesta, esto es, a la simple constatación del tiempo de duración de aquella o de ésta, pues como consecuencia de ese ineludible mandato superior debe orientarse con contenido de realidad y preeminentemente a la resocialización o a la rehabilitación, según el caso. De igual modo, que la administración de justicia no puede ser indiferente a la consecución en concreto de las funciones de la pena o la medida de seguridad previstas en los artículos 4 y 5 de la ley 599 de 2000, respectivamente; y, menos aún, desentenderse por completo y con posterioridad del sujeto pasivo de la potestad punitiva del Estado, porque a la ejecutoria del fallo le sucede, se insiste, esa etapa de cumplimiento de la sentencia que tiene por lo menos dos manifestaciones frente a las cuales queda reivindicada su innegable trascendencia.

a.-) En primer término, la vinculada a la función de rehabilitación o reinserción social, esto es, a la resocialización.

b.-) De otra parte, la alusiva al derecho a la tutela judicial efectiva, respecto del cual se erige en presupuesto indefectible como lo tiene reconocido explícitamente el Tribunal Constitucional Español en apreciación aplicable en nuestro medio, al

---

<sup>211</sup> ARTICULO 1º—Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general

<sup>212</sup> ARTICULO 2º—Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares

atestar que la ejecución de las sentencias es un componente de ese derecho y, además “cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula del Estado social y democrático, que implica, entre otras exteriorizaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la administración pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no solo juzgando, sino ejecutando lo juzgado...”; manifestación que se torna aún más evidente en relación con las víctimas, para quienes no tendría sentido alguno obtener un pronunciamiento que materialice los derechos a la verdad y a la justicia y abra compuerta además a una efectiva reparación pero que no fuera susceptible de ejecutarse, es así como desde este punto de vista legal la ejecución de la pena también tiene su carácter vinculante regulado a través de las siguientes normas las cuales permiten una protección especial aquellos que se encuentran en un estado de vulneración, así las cosas tenemos:

#### **1.4. Ley 1709 de 2014, Régimen Penitenciario y Carcelario por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985**

Uno de los aspectos más importantes de esta Ley es el enfoque diferencial que permite la aplicación con perspectiva de género esto es:

**ARTÍCULO 2o.** Adicionase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

**Artículo 3A. Enfoque diferencial.** *El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.*

*El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser*

*beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.*

**ARTÍCULO 5o**<sup>213</sup>. Adicionase un artículo 7A en la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: *Artículo 7A. Obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad. Los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuesta en la sentencia condenatoria. (...).*

La Carta Política de 1991, dice:

*Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.*

*ARTICULO 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.*

---

<sup>213</sup> **ARTÍCULO 5o.** Adicionase un artículo 7A en la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: **Artículo 7A.** Obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad. Los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuesta en la sentencia condenatoria. Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos. La inobservancia de los deberes contenidos en este artículo será considerada como falta gravísima, sin perjuicio de las acciones penales a las que haya lugar. El Consejo Superior de la Judicatura garantizará la presencia permanente de al menos un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en aquellos establecimientos que así lo requieran de acuerdo con solicitud que haga el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). En los demás establecimientos se garantizarán visitas permanentes

*Artículo 12 de la Constitución Política de Colombia: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.*

*Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Ver Ley 581 de 2000.*

*Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.*

El Código Penal colombiano, dice:

Artículo 3 del CP. *“Principios de las sanciones penales.* La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.// El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”(la negrilla es nuestra).

Artículo 4 del CP. *“Funciones de la pena.* La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.// La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión” (la negrilla es nuestra).

La Convención Americana de los Derechos Humanos, dice:

ARTÍCULOS 5 num.2. En ese sentido, la CIDH ha establecido que en el caso de las personas privadas de libertad la obligación de los Estados de respetar la integridad física, de no emplear tratos crueles, inhumanos y de respetar la dignidad inherente al ser humano, se extiende a garantizar el acceso a la atención médica adecuada. Y en el numeral 4 Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

EL PRINCIPIO X DE LOS PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS DE LA CIDH ESTABLECE QUE: Con relación al contenido y alcances generales del derecho de las personas privadas de libertad a la atención médica, Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica.

ARTÍCULO 7. NUMERAL 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Es así, como la labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a las reclusas, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca que cada interna el camino de su reinserción al conglomerado social. Precisamente desde la perspectiva de la dignidad de los

reclusos y de la obligación del Estado de brindarles los medios necesarios para su resocialización se deben interpretar distintos artículos del Código Penitenciario que regulan las condiciones de albergue de las internas, y sus derechos al trabajo, a la educación y enseñanza, al servicio de sanidad, a la comunicación con el exterior y la recepción de visitas, a la atención social, etc., desde este ángulo se hace evidente la existencia de una estrecha relación entre la posibilidad del goce efectivo del derecho a la dignidad humana como bien constitucionalmente protegido.

### **1.5. Aplicabilidad del control constitucional por los jueces de ejecución de penas en la población de la Cárcel Distrital de San Diego**

Desde la órbita legal se hace necesario entrar en el criterio que tienen los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Cartagena para el otorgamiento de subrogados o mecanismos judiciales y/o administrativos a esta población carcelaria. Así las cosas expondré los siguientes argumentos:

### **1.6. Aplicación de la ley 750/2000 – Madre cabeza de hogar**

En este punto es bueno recordar, que la Ley 750 de 2002, consagra la posibilidad de cumplir la ejecución de la pena privativa de la libertad, al hombre o mujer cabeza de familia, siempre que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1º de la normativa, esto es, que el desempeño personal, laboral, familiar o social permitan determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente, que no se trate de delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro y desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo que se trate de delitos culposos o políticos.

Ahora bien, Según el artículo 2º de la Ley 2ª de 1982, se entiende por “*mujer cabeza de familia*”, quien siendo soltera o casada tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios o de otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial, de ayuda de los demás miembros del grupo familiar.

El concepto, “*cabeza de familia*”, según la Corte Constitucional<sup>214</sup>, involucra los siguientes elementos:

*En efecto, para tener dicha condición, es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.*

*Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la*

---

<sup>214</sup> Cfr sentencia SU-388 de 2005.

*responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia.*

La misma Corporación reconoció ese derecho<sup>215</sup> a los hombres que se encuentren en igual situación de hecho que una mujer cabeza de familia.

La persona que aduzca esa calidad deberá acreditar que está a cargo del cuidado de los niños, que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores dependen de ella no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado, y es de su exclusiva responsabilidad el sostenimiento del hogar; por tanto, que la medida se hace necesaria para garantizar la protección de los derechos de los niños y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión.

Así lo señaló la Corte Constitucional<sup>216</sup>, al declarar inexecutable las expresiones “de doce años” y “mental” contenidas en el numeral 5º del artículo 314 de la ley 906 de 2004:

*Ciertamente, el artículo demandado tiene una clara finalidad proteccionista, por lo que su aplicación debe entenderse circunscrita a las condiciones particulares de los menores involucrados y a la existencia de una verdadera situación de indefensión. En ese sentido, corresponde al juez de control de garantías evaluar la situación del menor cuya madre o padre deben soportar una medida de aseguramiento, con el fin de determinar si resulta factible conceder el beneficio de la detención domiciliaria. De hecho, la misma norma precisa que la detención*

---

<sup>215</sup> Sentencias C-184 y 964 de 2003. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de octubre de 2014.

<sup>216</sup> Sentencia C-154 de 2007. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de octubre de 2014.

*preventiva en establecimiento carcelario podrá ser modificada por la detención domiciliaria, en expreso reconocimiento de que la valoración de su concesión debe quedar a cargo del juez de control de garantía.*

(...)

*De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio<sup>217</sup>.*

Pero también enfatizó en la necesidad de examinar si la naturaleza del delito, objeto de condena, es incompatible con el interés superior del menor, porque en ese caso no procede el beneficio:

*Adicional a lo anterior, la Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de*

---

<sup>217</sup> “Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea”. Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.*

*El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza.*

*(...)*

*Hechas las anteriores precisiones, la Corte reitera que la declaratoria de inexecutable de la norma no es una autorización automática al juez para que, siempre que encuentre hijos menores de edad, conceda el beneficio indicado. El criterio matemático y formal de la edad del menor debe ser sustituido por el criterio material, fáctico y concreto del interés superior del niño, por lo que la responsabilidad de garantizar el bienestar de todo menor de edad que está en dicha posición reposa en el juez competente (Subraya la Sala).*

Como se observa, la Corte Constitucional es reiterativa en señalar que el interés superior del niño, es el criterio que debe guiar al juez al momento de examinar la viabilidad del beneficio. Por tanto, una vez establezca la condición de madre o padre cabeza de familia, según el caso, es ineludible examinar la concreta

situación del menor, el grado de desprotección o desamparo por ausencia de otra figura paterna o familiar que supla la presencia del progenitor encargado de su protección, cuidado y sustento.

Adicionalmente, precisó que el funcionario judicial también debe atender a la naturaleza del delito por el cual se adelanta proceso penal al padre o madre cabeza de familia, en orden a preservar la integridad física y moral del menor.

En síntesis, El Juez de Ejecución de Penas no puede pensarse que la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria, está supeditada únicamente a establecer, la condición de padre o madre cabeza de familia; conforme a las pautas jurisprudenciales también es menester verificar que el delito objeto de condena no es incompatible con el interés superior del menor, de tal manera que no se avizore peligro para su integridad física o moral.

#### **1.6.1 Del sistema de Vigilancia Electrónica como sustitutivo de la Prisión Domiciliaria (Art.38a del C.P)**

Como su nombre lo indica, la figura del Sistema de Vigilancia Electrónica, constituye un mecanismo sustitutivo de la prisión, por tanto, son merecedores del mismo las sentenciadas en quienes además de colmarse el requisito objetivo relativo a la cantidad de la pena impuesta en la sentencia que no debe superar los ocho (8) años de prisión, se estructure, entre otros requisitos, los relacionados con que sus características especiales a nivel personal, social, familiar y laboral, lleven al Juez la convicción fundada de que puede continuar el cumplimiento de la pena fuera de rejas bajo el control de las autoridades a través del mecanismo de vigilancia electrónica, ello por tratarse de una persona que no reporta peligro para la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. Se aplica este mecanismo a aquellas personas de especiales calidades y cualidades personales proyectadas

en el ámbito de su desempeño y, respecto a aquellos casos o delitos que merecen menos reproche, realizados de manera ocasional, de tal manera que la medida fuera del rigor y la disciplina carcelaria no implique dejar desprotegida a la comunidad, frente a nuevas caras de delincuencia. La preceptiva legal de esta figura se encuentra el artículo 50 de la ley 1142 de 2007 que añadió el art. 38 A de la ley 599 de 2000, que señala las circunstancias en que se puede ordenar la vigilancia electrónica como sustitutivo de prisión. Posteriormente, surgió la ley 1453 del 24 de Junio de 2011, que reformó algunas normas del Código Penal, entre ellas, el art. 38 A del C.P. que quedó así:

*ARTÍCULO 38A. SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN.*<sup>218</sup> <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley

---

<sup>218</sup> ARTÍCULO 38A. SISTEMAS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA COMO SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, siempre que concurren los siguientes presupuestos: 1. Que la pena impuesta en la sentencia no supere los ocho (8) años de prisión<sup>218</sup>. 2. Que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el Derecho Internacional Humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos y delitos contra la administración pública, salvo delitos culposos. 3. Que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores<sup>218</sup>. 4. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. 5. Que se realice o asegure el pago de la multa mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares. 6. Que sean reparados los daños ocasionados con el delito dentro del término que fije el Juez o se asegure su pago mediante garantía personal, prendaria, bancaria o mediante acuerdo, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo teniendo en cuenta sus recursos económicos y obligaciones familiares. 7. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones, las cuales deberán constar en un acta de compromiso: a) Observar buena conducta; b) No incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena; c) Cumplir con las restricciones a la libertad de locomoción que implique la medida; d) Comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de compromiso dará lugar a la revocatoria de la medida sustitutiva

1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica durante la ejecución de la pena, como sustitutivos de la prisión, (...).

Es de anotar que estos requisitos de exigencia legal deben coexistir para la viabilidad de la medida electrónica de sustitución, de tal manera que la ausencia de uno de ellos impedirá el acceso al mecanismo, lo cual no le permite al Juez salirse del cumplimiento de la norma legal.

## 2. Conclusión

Se puede concluir que la población carcelaria femenina del distrito Judicial de Cartagena, su composición demográfica, provienen de los grupos sociales ya marginados, sobre todo en cuanto excluidos de la sociedad activa por obra de los mecanismos del mercado de trabajo. Una reintegración social de las condenadas significa, por lo tanto, ante todo corregir las condiciones de exclusión de la sociedad activa de los grupos sociales de los que provienen, para que la vida post-penitenciaria no signifique simplemente, como casi siempre sucede, el regreso de la marginación secundaria a la primaria del propio grupo social de pertenencia y desde allí una vez más a la cárcel. Esto significa que se debe reconstruir integralmente, como derechos de las mujeres detenidas desde la perspectiva de género, los contenidos posibles de toda actividad que puede ser ejercida, aun en

---

por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. 8. Que el condenado no se haya beneficiado, en una anterior oportunidad, de la medida sustitutiva de pena privativa de la libertad. PARÁGRAFO 1o. El juez al momento de ordenar la sustitución deberá tener en cuenta el núcleo familiar de la persona y el lugar de residencia. PARÁGRAFO 2o. La persona sometida a vigilancia electrónica podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de acuerdo a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario. PARAGRAFO 3o. Quienes se encuentren en detención preventiva en establecimiento carcelario, bajo el régimen de la Ley 600/2000, podrán ser destinatarios de los Sistemas de Vigilancia Electrónica, previo cumplimiento de los presupuestos establecidos en el Art. 314 de la Ley 906/2004.-

las condiciones negativas de la cárcel, a su favor. Por tanto, el concepto de tratamiento debe ser redefinido como 'servicio'.

Compensando situaciones de carencia y de privación frecuentemente características de la historia de vida de las detenidas antes de su ingreso a la carrera criminal, deben ser ofrecidas a las sentenciadas internas una serie de servicios que van desde la instrucción general y profesional hasta los servicios sanitarios y psicológicos, como una oportunidad de reintegración y no como un aspecto de la disciplina carcelaria. Esto atañe, igualmente, al trabajo dentro y fuera de la cárcel, que también como el goce de los servicios, debe ser ejercicio de un derecho de la ciudadana encarcelada<sup>219</sup>. Por tanto le va a permitir readaptar liberar, en el más generoso sentido de la palabra; esto es, dotar a la mujer de medios para que ejerza su libertad y elija, con capacidad de opción (al menos relativamente), el camino que ella prefiera. La Equidad de Género debe permitir diferenciales para corregir desigualdades de partida; medidas no necesariamente iguales, pero conducentes a la igualdad en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades". A lo largo del análisis, se ha evidenciado cómo, en este centro penitenciario, la efectiva realización de la equidad de género constituye un reto pendiente por parte del Estado. Pues aún las condiciones de respeto y garantía de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad son aún precarias, en aspectos fundamentales para el logro de dicha equidad, como es el caso del derecho a una vida digna, que comprende, según lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que les permita y garanticen mientras se encuentran reclusas una existencia digna, y puedan regresar a una reinserción social, donde se manifieste un verdadero cambio de vida. Para terminar La ausencia de un enfoque de género ha determinado, tanto escenarios de ejercicio irregular del poder originados en la falta de cumplimiento del Estado de la normatividad vigente, como una persistente formulación –expresa o tácita- de juicios morales sobre las mujeres privadas de

---

<sup>219</sup> Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado, Alessandro Baratta, óp. cit.

libertad, que no corresponden a la estructura de un Estado social y democrático de derecho, donde debe imperar la juridicidad y no una suerte de tutela moral sobre las personas, titulares de derechos que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar.

### 3. Bibliografía

Baratta, Alessandro. Criminología Crítica. Siglo XXI Editores. Argentina. 2004.

Ley 1453 de 2011.

Sentencia C-154 de 2007. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de octubre de 2014.

Sentencia C-184 de 2003 M.P. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de octubre de 2014.

Sentencia SU-388 de 2005. . [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de octubre de 2014.

Sentencias C-184 y 964 de 2003. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de octubre de 2014.

## **Parte VII: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PENAL**

## “ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PROTEGIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL A UN INTERNO DE LA CÁRCEL DE TERNERA, EN LA SENTENCIA T -690 DE 2004”

**Por:** José Camacho Garbiras<sup>220</sup>

**I. Resumen:** Es deber del Estado colombiano, garantizar a las personas privadas de la libertad, el goce de una adecuada alimentación, de preservar el Derecho Fundamental a la salud, a contar con suficientes implementos de aseo personal, al suministro suficiente de agua potable y a instalaciones higiénicas entre otros; estos derechos han sido tutelados por los internos de las cárceles y penitenciarias en Colombia, y en Cartagena de Indias especialmente en la Sentencia T -690 DE 2004.

**II. Palabras Claves:** Acción de Tutela Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales, Internos, Cárceles, Penitenciarías.

**III. Abstract:** It is the duty of the Colombian State to guarantee persons deprived of liberty, enjoyment of adequate food, to preserve the fundamental right to health, have sufficient tools for personal hygiene, the adequate supply of safe water and sanitation facilities between other; these rights have been protected by prison inmates and prison in Colombia, in Cartagena de Indias especially in Judgment T - 690 2004.

**IV. Key Words:** Protection Action Fundamental Rights, Constitutional Rights, Internal, Jails, Prisons.

---

<sup>220</sup> Abogado. Egresado de la Especialización de Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre Sede Cartagena. 2014.

## 1. Introducción

Existen unas relaciones de especial sujeción entre los internos y el Estado, con respecto a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la noción de relaciones especiales de sujeción como base para el entendimiento del alcance de los deberes y derechos recíprocos, entre internos y autoridades carcelarias. Estas relaciones de sujeción han sido entendidas como aquellas relaciones jurídico-administrativas en las cuales el administrado se inserta en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido “a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales”.<sup>221</sup> Por eso nos preguntamos: ¿Cuáles son los Derechos Fundamentales que la Corte Constitucional colombiana protegió a un interno de la Cárcel de San Sebastián de Ternera, en la Sentencia T -690 DE 2004? El Objetivo general, fue: Determinar cuáles fueron los Derechos Fundamentales, que la Corte Constitucional colombiana protegió a un interno de la Cárcel de San Sebastián de Ternera, a través de la Sentencia T -690 DE 2004; los objetivos específicos, son: a.- Caracterizar los Derechos Fundamentales en Colombia; b.- Caracterizar la Acción de Tutela en Colombia y c.- Realizar un Análisis de Jurisprudencia a la Sentencia T -690 DE 2004. La hipótesis: Históricamente el Estado ha tenido una posición jerárquica superior respecto del administrado, sin embargo, bajo la figura de las relaciones especiales de sujeción esa idea de superioridad jerárquica se amplía permitiéndole a la administración la limitación o suspensión de algunos de sus derechos, ésta especial relación de sujeción resulta ser determinante del nivel de protección de los derechos fundamentales de los reclusos e, igualmente, acentúa las obligaciones de la administración pues le impone un deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que no permiten limitación en razón a la especial situación de indefensión en la que se encuentran los reclusos. Esta es una investigación fundamentada en el paradigma Cualitativo,

---

<sup>221</sup> Sentencia T-077/13. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 7 de diciembre de 2014.

con enfoque Hermenéutico jurídico. En el Campo del Derecho esta es una Investigación jurídica pura. Con la presente investigación esperamos hacer un Análisis de Jurisprudencia a la Sentencia T -690 DE 2004. La información será aprehendida mediante la realización de fichas bibliográficas. La información se recolectará mediante la aplicación de los formatos de fichas Bibliográficas.

## 1.1. Los Derechos Fundamentales en Colombia

Son derechos fundamentales aquellos derechos contenidos en el Capítulo 1 del Título II de la Carta cuya estructura y contenido admiten la aplicación judicial inmediata. En este sentido, por ejemplo, el derecho a la paz (Art. 22 C.P.)<sup>222</sup> no tiene el carácter de fundamental pues de una parte el bien jurídico que protege no es susceptible de ser individualizado, y de otro lado, no comporta derechos o deberes concretos cuyo contenido admita una aplicación judicial inmediata<sup>13</sup>. Por el contrario, la realización del derecho a la paz involucra diversos factores sociales, políticos, económicos y supone relaciones sociales solidarias que comprometen a toda la comunidad, por lo que su aplicación y vigencia no puede garantizarse por medio de un fallo de tutela<sup>14</sup>. En otras palabras, la estructura de ciertos derechos no permite que los mismos puedan ser protegidos judicialmente en casos concretos, al menos, hasta tanto su contenido sea claramente desarrollado por el legislador.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> Rodrigo Uprimny, *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización Doctrinal*, en Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp) *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, 2001.

<sup>223</sup> Sobre la no fundamentalidad del derecho a la paz, puede verse: Corte Constitucional, Sentencias T-008/92 y C-055/95. En esta última sentencia la Corte afirmó: "Si bien el derecho a la paz ocupa un lugar trascendental en el ordenamiento constitucional colombiano, puesto que es de obligatorio cumplimiento, no es, en sentido estricto, un derecho fundamental, por lo cual no tiene reserva de ley estatutaria."

Los derechos de aplicación inmediata consagrados en el artículo 85 de la Constitución son derechos fundamentales.<sup>224</sup> En efecto, el artículo 86 que consagra la acción de tutela indica que los derechos fundamentales son aquellos cuya protección inmediata puede ser solicitada al juez. En este orden de ideas, no cabe duda alguna que los derechos que por expreso mandato constitucional son de aplicación inmediata constituyen derechos fundamentales. Se trata de los derechos enumerados en el artículo 85 de la Constitución, es decir, los derechos a la vida (Art. 11 C.P.); a la integridad personal (Art. 12 C.P.); a la igualdad (Art. 13 C.P.); al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14 C.P.); a la intimidad y al habeas data (Art. 15); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.); a la libertad personal en todas sus formas (Art. 17 C.P.) ; a la libertad de conciencia (Art. 18 C.P.), a la libertad de cultos (Art. 19 C.P.), de expresión y de información (Art. 20 C.P.); a la honra y al buen nombre (Art. 21 C.P.); a los derechos de petición (Art. 23 C.P.), de libre circulación (Art. 24 C.P.); a la libertad de escoger profesión y oficio y de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra (Art. 26 C.P.); al habeas corpus (Art. 30 C.P.); al debido proceso (Art. 29 C.P.); a no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación (Art. 34); a las libertades de reunión y manifestación (Art. 37 C.P.); y a los derechos políticos (Art. 40 C.P.).

## 1.2. La Acción de Tutela en Colombia

La acción de tutela es un mecanismo que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales fundamentales, aún aquellos que no se encuentren consagrados en la constitución, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. El fallo que se produce de esta acción es de inmediato cumplimiento. Se encuentra consagrada en el Art.

---

<sup>224</sup> Ver entre otras, Corte Constitucional: Sentencias, T-403/92; T-412/92; T-415/92; T-081/93; T-329/93.

86 CN y ha sido reglamentada por los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.

#### **a. ¿Cuándo Procede?**

Cuando resulten vulnerados o amenazados los derechos constitucionales fundamentales, aun aquellos que no se encuentren textualmente consagrados en la constitución, pueden invocarse aduciendo una conexidad con los derechos fundamentales, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Cuando no haya ningún otro medio que permita proteger el derecho. Aunque es procedente la tutela en aquellas circunstancias en las cuales se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aun cuando existan otros medios de protección. Cuando por acción u omisión de un particular en el caso que éste preste un servicio público, o cumpla funciones públicas. Cuando el actor se encuentre en situación de indefensión o subordinación respecto del particular contra quien se interpone la acción de tutela.

#### **b. ¿Qué derechos protege la acción de tutela?**

La acción de tutela protege los derechos fundamentales. Algunos de éstos derechos fundamentales son la vida,<sup>225</sup> la integridad personal, la igualdad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad de conciencia, de religión, de expresión, de circulación, de escogencia de profesión u oficio, de enseñanza y aprendizaje y de investigación y de cátedra, los derechos a la honra y al buen nombre, al debido proceso, a la defensa y a elegir y a ser elegido. También son derechos fundamentales el derecho de petición (ya estudiado), de asociación y los derechos de los niños.

---

<sup>225</sup> Arango, Rodolfo y Lemaitre Julieta. *Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Estudios Ocasionales Cijus, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002, p.11 y 12.

**c. ¿Cuál es el término que el juez tiene para resolver la solicitud de tutela?**

En ningún caso podrán transcurrir más de 10 días entre la solicitud de tutela y su resolución.

**d. ¿Cómo se debe presentar la acción de tutela?**

La acción de tutela se puede presentar tanto de forma verbal como escrita. Puede presentarse en nombre propio o en nombre de la persona perjudicada. No es necesario recurrir a abogado para presentar la acción. La tutela puede presentarse verbalmente en los siguientes casos:

- Cuando el solicitante no sabe escribir
- Cuando sea menor de edad
- Cuando exista urgencia de protección.

**e. ¿Ante quién se presenta la acción de tutela?**

La acción de tutela se puede interponer, en principio, ante cualquier juez que tenga jurisdicción en el lugar de los hechos que causan la amenaza o la vulneración del derecho. Sin embargo existen unas reglas de competencia establecidas por el Decreto 1382 de 2000, que durante algún tiempo fueron inaplicadas por la Corte Constitucional, pero que ahora son de obligatorio cumplimiento. Dichas competencias se establecen de la siguiente manera: Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial/ administrativo y consejos seccionales de la judicatura.

1.- A los jueces de circuito o con categoría de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

2.- A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares.

3.- Cuando la acción de tutela se promueva contra más de un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

#### **f. ¿Quién puede interponer la acción?**

La persona que considere que sus derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados y/o por intermedio de apoderado judicial, el defensor del pueblo y el personero.

#### **1.3.1. La Acción de Tutela para reclamar los Derechos Fundamentales en Colombia**

La acción de tutela es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales.<sup>226</sup> La constitución de 1991<sup>227</sup> la establece en los siguientes términos:

---

<sup>226</sup> Disponible en: [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion\\_tutela.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_tutela.html). Consultado el día 15 de marzo de 2015.

<sup>227</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2014.

*"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."*<sup>228</sup>

*"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión".*<sup>229</sup>

La acción de tutela fue desarrollada por el Decreto Extraordinario 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto 306 de 1992. En lo que sigue se aprecian los principales aspectos de la acción de tutela. Lo demás puede ser ampliado con el estudio de los decretos mencionados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

---

<sup>228</sup> *Ibídem.*

<sup>229</sup> *Ibídem.*

#### 1.4. Análisis de Contenido de la Sentencia T - 690 DE 2004

En este acápite haremos un análisis de la Sentencia T - 690 de 2004.

##### PROCURADURÍA REGIONAL BOLÍVAR.

**Referencia:** Expediente T-869058.

**Acción de tutela instaurada por:** John Richard Barrios González contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y la Cárcel del Circuito de Cartagena San Sebastián de Ternera.

**Magistrado Ponente:** Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

#### I. Reseña

**a. Relación de los hechos:** El señor Jhon Richard Barrios González interpuso acción de tutela en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y la Cárcel del Circuito de Cartagena San Sebastián de Ternera invocando sus derechos fundamentales a la dignidad, a la familia y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, porque las directivas del penal demandado, con la aquiescencia del INPEC, someten a los internos y a las personas que los visitan a requisas ofensivas. El accionante acusa a las entidades accionadas de obligar a los internos a *“desvestirse totalmente y hacer genuflexiones (sentadillas) varias veces y cuando nos resistimos y manifestamos que tales tratos se encuentran prohibidos y son violatorias de nuestros derechos humanos se nos golpea, nos encalabozan o como se dice en el lenguaje carcelario nos aíslan y nos amenazan con trasladarnos a otras cárceles”*.<sup>230</sup>

<sup>230</sup> Sentencia T - 690 de 2004. Disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 15 de abril de 2015.

Agrega que las mujeres que solicitan su ingreso al penal, para visitar a quienes sufren penas privativas de la libertad, son sometidas a *“largas esperas, bajo las inclemencias del clima”*,<sup>231</sup> y que, permitido el ingreso, deben soportar *“tratos y requisas vejatorias, incluyendo requisas vaginales”*,<sup>232</sup> para lo cual son obligadas a despojarse de sus prendas íntimas, a *“realizar genuflexiones”* y en algunas ocasiones a permitir *“tactos vaginales por el propio personal femenino de la guardia sin intervención de profesionales de la medicina de manera discrecional y sin autorización judicial y con medios que ponen en grave riesgo la salud de las mujeres examinadas incluyendo el uso del mismo guante para varios exámenes vaginales”*.<sup>233</sup>

Afirma que la Circular 035 de 1997, emanada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, no permite las prácticas que él denuncia, también calificadas por la jurisprudencia constitucional como *“tratos crueles, inhumanos y degradantes”*, pero que las directivas del penal y las del mismo Instituto ignoran la prohibición. Para finalizar sostiene *“que no se nos puede obligar ni a nuestras familias a mostrar el cuerpo desnudo cuando no lo deseamos y lo considero humillante, indigno y atentatorio de la dignidad humana”*.<sup>234</sup>

**b. Planteamiento del problema jurídico:** ¿Las requisas a que son sometidos los internos y visitantes, por parte de las autoridades de la Cárcel del Circuito de Cartagena San Sebastián de Ternera, están previstas en la ley y tienen que adelantarse como viene sucediendo, a fin de garantizar el orden y la seguridad en los establecimientos carcelarios, dado que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC no cuenta con los avances tecnológicos que le permitirían salvaguardar la vida e integridad de los internos y visitantes sin vulnerar su dignidad?

---

<sup>231</sup> *Ibidem.*

<sup>232</sup> *Ibidem.*

<sup>233</sup> *Ibidem.*

<sup>234</sup> Circular 035 de 1997, emanada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

## c. Reseña de los fallos de instancia

### 1. Fallo de Primera y de Segunda Instancia en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena resolvió negar la protección fundada en que los derechos invocados por el accionante han sido limitados por la Ley 65 de 1993, para garantizar el orden y la disciplina dentro de los establecimientos carcelarios. Destaca que “*encontrándose legalmente recluido*”,<sup>235</sup> el actor está inserto en una situación de “*sujeción a la administración*”,<sup>236</sup> que le da a ésta el derecho de realizar requisas periódicas, “*tendientes a preservar la seguridad del establecimiento y sus moradores y así garantizando la seguridad de los mismos*”<sup>237</sup> (sic). Considera que las requisas son medidas para mantener el orden y la disciplina, que, contrario a lo planteado por el actor, preservan la dignidad de los reclusos y visitantes.

El accionante impugnó la providencia a que se hace mención y la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena confirmó la decisión.

Inicialmente el *Ad quem* recuerda las facultades que la Ley 65 de 1993 concede a las autoridades carcelarias y penitenciarias para mantener el orden y la disciplina en los establecimientos, a fin de salvaguardar la vida y los derechos de los internos y de los visitantes. Más adelante se detiene en el Título XI de la normativa y destaca que dentro de los establecimientos carcelarios no está permitido portar armas, como tampoco poseer, consumir y comerciar sustancias

---

<sup>235</sup> *Ibidem.*

<sup>236</sup> *Ibidem.*

<sup>237</sup> *Ibidem.*

alucinógenas, de modo que estas conductas constituyen faltas graves, que deben ser castigadas con el decomiso, sin perjuicio de la correspondiente acción penal.

Sostiene, en consecuencia, que las requisas rigurosas y razonadas que el INPEC practica dentro de los establecimientos carcelarios “son el producto de una atribución de origen legal, diseñada precisamente para evitar y prevenir el ingreso al penal de elementos o sustancias prohibidas que pueden generar circunstancias de escalas lamentables dentro de la institución (..)” .

Resalta la sujeción del actor “a las directrices legales que demarca el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”,<sup>238</sup> comprende que el accionante no comulgue con “la desnudez y el tacto a que son sometidos él y su familia”,<sup>239</sup> y deplora que las entidades demandadas tengan que utilizar estos procedimientos, mientras que países desarrollados controlan el ingreso a los penales con “medios tecnológicos avanzados”, y a su vez afirma que “mientras el avance llegue a Colombia no se puede dejar de aplicar el deber legal de las requisas”.<sup>240</sup>

Finalmente insta al actor para que acuda a la Procuraduría General de la Nación, o a la justicia contencioso administrativa “ante la cual puede demandar las resoluciones del INPEC si considera que son contrarias a la Constitución y a los tratados y convenios internacionales y lesionan sus derechos fundamentales”.<sup>241</sup>

**DECISIÓN:** En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE;**

---

<sup>238</sup> *Ibídem.*

<sup>239</sup> *Ibídem.*

<sup>240</sup> *Ibídem.*

<sup>241</sup> *Ibídem.*

**Primero.- REVOCAR** las sentencias proferidas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena y por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de la misma ciudad el 23 de octubre y el 5 de diciembre de 2003 para negar el amparo constitucional impetrado por John Richard Barrios González contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y la Cárcel del Circuito de Cartagena San Sebastián de Ternera.

**Segundo.-CONCEDER** al actor la protección constitucional de su derecho fundamental a la dignidad, a no ser sometido a tratos y penas crueles inhumanas y degradantes, a la intimidad corporal de su persona y de su familia. En consecuencia el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y la Directora de la Cárcel de Circuito de Cartagena Sebastián de Ternera impartirán las instrucciones necesarias para que, de manera inmediata, las requisas personales de las personas reclusas en el penal y de quienes los visitan se sujeten a las previsiones de la Ley 65 de 1993 y a la Circular 035 del 26 de marzo de 1997, y para que las intervenciones corporales se sujeten a las previsiones legales y constitucionales sobre la materia, de ser necesarias.

**Tercero. PREVENIR** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC para que instruya a las autoridades carcelarias y penitenciarias a fin de inmediatamente cesen los procedimientos que obligan a los internos y a quienes los visitan a despojarse de su ropa y a adoptar posiciones y movimientos indecorosos, con el fin de detectar elementos prohibidos, como también los registros y comprobaciones y tectos sobre sus cuerpos con igual propósito. En consecuencia el Instituto instruirá a las cárceles y penitenciarias sobre las requisas o cacheos superficiales y los dotará –en especial a la Cárcel del Circuito de Cartagena- de la tecnología apropiada con que cuentan algunos reclusorios del país, que les permiten determinar la presencia de elementos prohibidos sin someter a los reclusos a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Oficiese.

**Cuarto.** Informar a la Procuraduría General de la Nación sobre el Manual de Procedimientos que instruye a las autoridades carcelarias y al personal de guardia sobre cómo efectuar una requisita, remitido por la Directora (E.) de la Cárcel del Circuito de Cartagena, y sobre la denuncia formulada por el actor, para que adelante las investigaciones y establezca los correctivos del caso. Ofíciase

**Quinto.** Poner a la Fiscalía General de la Nación al tanto de los procedimientos de requisita e intervenciones corporales adelantadas por el personal de guardia de la Cárcel del Circuito de Cartagena, autorizadas por la Dirección del Penal, para las investigaciones correspondientes. Ofíciase.

**Sexto.-** Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1.991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

Y otros Magistrados firmantes.

## **II. Evaluación Crítica**

El personal del INPEC debe tener en cuenta la prohibición de requisas visuales o por contacto sobre cuerpos desnudos a internos y visitantes en los Establecimientos Carcelarios: Las requisas visuales o cacheos superficiales, sobre las personas reclusas en los centros penitenciarios y quienes ingresan a

los mismos, como también sobre los elementos que unas y otras poseen o pretenden ingresar a los reclusorios están permitidas, y pueden ser practicadas por el personal de guardia, atendiendo los requerimientos de orden y seguridad del penal. No así las injerencias visuales o por contacto sobre los cuerpos desnudos de internos y visitantes, como tampoco las intervenciones, comprobaciones y registros corporales, en cuanto, como medidas restrictivas de la intimidad corporal, de la libertad personal, de la integridad física, moral y jurídica del afectado, su realización impone la directa y razonable intervención judicial, atendiendo las pautas y lineamientos constitucionales y legales sobre el punto, en aras de garantizar el respeto de los derechos fundamentales que tales procedimientos comprometen.<sup>242</sup>

## 2. Conclusión

Se han consolidado ciertos deberes positivos en cabeza del Estado colombiano conforme a los cuales, en los establecimientos de reclusión, siempre deberá prevalecer el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos que han sido reconocidos de forma universal para todos los seres humanos, pero que por su calidad de detenido deben ser protegidos de una manera más especial en los internos reclusos en una Cárcel, como la de San Sebastián de Ternera.

Toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Esta es la causa que motiva también la idea de que toda persona privada de la libertad deberá tener derecho a recibir en el lugar de reclusión un tratamiento acorde con el respeto de los derechos humanos, como los de no ser víctima de

---

<sup>242</sup> Sentencia T-690 de 2004. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de abril de 2015.

tratos crueles, degradantes o inhumanos. Esa obligación de la administración de respetar esos principios constitucionales<sup>243</sup> (resocialización y dignidad humana) se exagera en el caso colombiano pues el desconocimiento de los mismos no se presenta en todas las cárceles del país, siendo que es de conocimiento popular que algunas prisiones sí respetan los derechos fundamentales de los reclusos, supuesto que a su vez vulnera el principio de igualdad.

Veamos una reiteración de jurisprudencia. Las personas que sufren penas privativas de la libertad no pueden ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes:

a.-) Está establecido que los funcionarios judiciales pueden ordenar injerencias en la intimidad corporal y libertad personal, siempre que éstas no comporten tratos o penas crueles, a fin de comprobar los hechos materia de las investigaciones, debe esta Sala, para efectos de la decisión, detenerse en las requisas practicadas sobre las personas que sufren penas privativas de la libertad y sus visitantes, como también en las intervenciones sobre sus cuerpos, ordenadas por las autoridades carcelarias.

Para el efecto cabe recordar que el artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que las personas privadas de libertad sean tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por ello, en el seno de las Naciones Unidas han sido proferidas las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos<sup>244</sup>, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión<sup>245</sup>, el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley<sup>246</sup>, y los Principios de ética

---

<sup>243</sup> Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

<sup>244</sup> Adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

<sup>245</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988.

<sup>246</sup> Resolución 34/169 Asamblea General 17 de diciembre de 1979

médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>247</sup>, que la Observación General 21 de la Comisión de Derechos Humanos sintetiza en el siguiente aparte:

*“El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva a favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de la libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de la libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de la libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”.*<sup>248</sup>

b) De ahí que esta Corporación se haya referido reiteradamente a los derechos de las personas sometidas a reclusión, recordando que los reclusos gozan de las garantías y libertades que la Carta Política les reconoce a todos los asociados, sin perjuicio de la limitación propia de la pena privativa de la libertad personal que les ha sido fue impuesta.

---

<sup>247</sup> Adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982.

<sup>248</sup> CCPR, Observación General 21, que sustituye la Observación General 9, sobre trato humano de las personas privadas de la libertad, octubre 10 de 1992.

En este sentido, y con el objeto de aclarar el punto, la Corte se ha detenido en las relaciones de sujeción propias de la situación en que se encuentran incursos quienes sufren penas de reclusión, pudiendo establecer que de ellas se derivan especiales obligaciones para el Estado, al igual que restricciones razonables y proporcionadas de los derechos fundamentales de los internos. Señala la Corte:

*“39. De la existencia, identificación y régimen de las llamadas “relaciones especiales de sujeción”<sup>249</sup> entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias), la Corte ha extraído importantes consecuencias jurídicas que la Sala procederá a reiterar en función de la ilustración del caso bajo estudio.*

*De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación<sup>250</sup> de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial<sup>251</sup> (controles disciplinarios<sup>252</sup> y administrativos<sup>253</sup>*

---

<sup>249</sup> Esta expresión en el contexto de las relaciones entre autoridades penitenciarias y personas privadas de la libertad, fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-596 de 1992, así mismo dentro de las sentencias más importantes al respecto cabe citar T-705 de 1996 y T-153 de 1998.

<sup>250</sup> La subordinación tiene su fundamento en la obligación especial de la persona reclusa consistente en “cumplir una medida de aseguramiento, dada su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible” citada de la Sentencia T-065 de 1995. O también es vista como el resultado de la “inserción” del administrado en la organización administrativa penitenciaria por lo cual queda “sometido a un régimen jurídico especial”, así en Sentencia T-705 de 1996.

<sup>251</sup> Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un “régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos”, el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales, en este sentido ver Sentencia T-422 de 1992.

<sup>252</sup> Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en la Sentencia T-596 de 1992.

<sup>253</sup> Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en la sentencia T-065 de 1995.

*especiales y posibilidad de limitar<sup>254</sup> el ejercicio de derechos, incluso fundamentales).*

*(iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado<sup>255</sup> por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad<sup>256</sup> del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales<sup>257</sup> (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser<sup>258</sup> especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar<sup>259</sup> de manera especial el principio de eficacia de los*

---

<sup>254</sup> Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver entre otras las sentencias T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996.

<sup>255</sup> En este sentido véase la sentencia C-318 de 1995. La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, “debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio”, así en la sentencia T-705 de 1996.

<sup>256</sup> Sobre la finalidad de la limitación a los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, véase especialmente la sentencia T-705 de 1996. Sobre su relación con la posibilidad real de la resocialización véase la sentencia T-714 de 1996.

<sup>257</sup> Entre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentran “el deber de trato humano y digno, del deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros”, citada de la sentencia T-596 de 1992.

<sup>258</sup> Sobre los deberes especiales del Estado ver la sentencia T-966 de 2000.

<sup>259</sup> Para la Corte esta garantía debe ser reforzada, ya que el recluso al estar sometido a una relación especial de sujeción, tiene limitado su derecho a escoger opciones y le es imposible autoabastecerse, en este sentido ver la sentencia T-522 de 1992, además se encuentra en un estado de “vulnerabilidad” por lo cual la actividad del Estado en procura de la eficacia de los derechos fundamentales debe ser activa y no solo pasiva, en este sentido ver la sentencia T-388

*derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).*

*Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo<sup>260</sup> en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo<sup>261</sup> en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias<sup>262</sup> que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización<sup>263</sup> de los reclusos.*

---

de 1993, y en el mismo sentido la sentencia T-420 de 1994. Ya que el recluso está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma los beneficios propios de las condiciones mínimas de una existencia digna, así en la sentencia T-714 de 1995, o se encuentra en estado de indefensión frente a terceros, así en la sentencia T-435 de 1997.

<sup>260</sup> Sobre el contenido de este deber positivo ver la sentencia T-153 de 1998.

<sup>261</sup> Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véase las sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.

<sup>262</sup> Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.

<sup>263</sup> La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados, este derecho encuentra el fundamento de su validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en sentencia T-153 de 1998.

*En este sentido, del perfeccionamiento de la “relación de especial sujeción” entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado que se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones cualificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y ante cuya inadvertencia este último resulta convertido en una sombra ridícula de los valores y principios propios del Estado social de derecho”.*<sup>264</sup>

Además, esta Corporación ha entendido que las requisas que se practican en los centros de reclusión no comportan registros corporales sobre los cuerpos desnudos de los internos y de sus visitantes, ni sujeción de éstos a procedimientos vejatorios, así fuere con el objeto de detectar armas o elementos prohibidos en el uso carcelario; porque si bien los reclusos están sujetos a la restricción de sus derechos -“a la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión”-, pueden exigir el pleno respeto de su dignidad e integridad física y moral, al igual que el reconocimiento de su personalidad jurídica y la preservación de sus garantías constitucionales<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en igual sentido T-1108 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>265</sup> Sentencia T-702 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra –el accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales porque en el establecimiento carcelario en el que se encuentra recluso “se le practica una requisita rutinaria (...) totalmente desnudo, de espaldas, me hacen agachar varias veces. Además me obligan a levantar mis testículos y bajar el pene, subirlo y que corra el prepucio. También sostiene que al ingresar a la Cárcel se le practicó un requisita similar: “la requisita, al ingreso, se extralimita al desnudarme completamente, asumiendo posiciones vergonzosas: parado en una silla y agachándome varias veces mostrándole el recto a los guardianes.” En igual sentido T-269 de 2002, del mismo ponente –el

En este punto, cabe precisar que si bien algunos de los derechos fundamentales de las personas sometidas a penas privativas de la libertad se restringen en razón de su situación, las personas que desean ingresar a los establecimientos carcelarios y aquellos que tienen derecho a hacerlo, gozan de la plenitud de sus derechos y garantías constitucionales, salvo respecto de las medidas absolutamente indispensables para mantener el orden y la disciplina de los establecimientos carcelarios. En el caso del ingreso a un reclusorio, de una persona que cumplía su pena en otro, esta Corporación señaló:

*“Con todo, y a falta de reglamentación específica, las autoridades carcelarias bien pueden exigir a quienes pretendan ingresar a los establecimientos carcelarios, cualquiera fuere el motivo, la cédula de ciudadanía y el certificado judicial, a fin de adoptar medidas consecuentes con el mantenimiento del orden y de la disciplina carcelaria, salvo que la exigencia de los aludidos documentos limite los derechos constitucionales de los visitantes e internos hasta desconocerlos”.<sup>266</sup>*

Se apoya la Corte, en las providencias que se reseñan, en el respeto de la dignidad humana, “pilar del ordenamiento constitucional [que] no puede verse sometido a limitaciones ni siquiera cuando la persona se encuentra recluida”, en las disposiciones que permiten a las autoridades carcelarias requisar a los internos y a sus visitantes, y en las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos que prohíben la tortura y los tratos crueles, inhumanos y

---

accionante denunció “las guardianas realizan a las mujeres requisas denigrantes que implican bajarse los interiores, desnudarse y mostrar los senos, hacer cuclillas o flexiones de rodillas, introducir la mano en la región pélvica –aduciendo que lleva algún elemento en la vagina- y retiro de la prótesis dental”-.

<sup>266</sup> Sentencia T-499 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

degradantes. Para el efecto trajo la Corte a colación un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, –destaca el texto–:

*“2. Un caso similar al ahora expuesto fue estudiado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual determinó que tal tipo de requisas atentaban contra el derecho a la intimidad, la dignidad humana y la familia consagrados en la Comisión Americana sobre Derechos Humanos. Dijo la Comisión:*

*"66. La Comisión es consciente de que en todos los países existen reglamentos sobre el tratamiento de prisioneros y detenidos, así como normas que rigen sus derechos a visitas en cuanto a horario, lugar, forma, tipo de contacto, etc. También se reconoce que las requisas del cuerpo, y algunas veces el examen físico intrusivo de los detenidos y prisioneros, podrían ser necesarios en ciertos casos.*

*Sin embargo, este caso implica los derechos de los visitantes, cuyos derechos no se ven limitados automáticamente por razón de su contacto con los internos.*

*La Comisión no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva. La Comisión quisiera subrayar que el visitante o miembro de la familia que procure ejercer su derecho a una vida familiar no debe convertirse automáticamente en sospechoso de un acto ilícito y no puede considerarse, en principio, que represente una amenaza grave para la seguridad. Aunque la medida en cuestión puede adoptarse*

*excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública.*

*(...)*

*La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo<sup>267</sup>. Para justificar las restricciones de los derechos personales de los visitantes no basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías.*

*La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico. La Comisión opina que una inspección vaginal es mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una inspección vaginal o cualquier tipo de requisita invasiva del cuerpo.*

*(...)*

---

<sup>267</sup> OC-5, párrafo 46 citando “The Sunday Times case”, decisión del 26 de abril 1979 de la Corte Europea de Derechos Humanos, Serie A NE 30, párrafo 62.

*(...) La inspección vaginal, por su naturaleza, constituye una intrusión tan íntima del cuerpo de una persona que exige protección especial. Cuando no existe control y la decisión de someter a una persona a ese tipo de revisión íntima queda librada a la discreción total de la policía o del personal de seguridad, existe la posibilidad de que la práctica se utilice en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en alguna forma de abuso. La determinación de que este tipo de inspección es un requisito necesario para la visita de contacto personal debería ser efectuada en todos los casos por autoridad judicial”<sup>268,269</sup>*

Ahora bien, al examinar el presupuesto legal que permite adelantar requisas en los penales, la Corte pudo concluir que la práctica de hacer desnudar a internos y visitantes y obligarlos a adoptar posturas indecorosas no tiene asidero en la Constitucional Política, ni en el Régimen Penitenciario y Carcelario, por el contrario, encontró que al respecto existe prohibición expresa. Señala la Corte:

*“ (...) Procede la Sala a revisar las normas que regulan el procedimiento de requisa en los establecimientos carcelarios:*

*El artículo 55 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) que regula la requisa y el porte de armas, establece que:*

---

<sup>268</sup> Ver Informe No 38/96 Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En esta ocasión, la Corte debía determinar si la inspección vaginal que se venía realizando a la señora X y su hija Y antes de visitar a su esposo y padre que estaba recluso en la Cárcel de Encausados de la Capital Federal vulneraba los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Después de un cuidadoso análisis del alcance de la Convención y su aplicación al caso concreto, la Corte estimó vulnerados los derechos a la integridad personal, dignidad humana, intimidad y familia con las acciones del Estado a través de los agentes que laboraban en la cárcel.)

<sup>269</sup> Sentencia T-269 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

*“toda persona que ingrese a un centro de reclusión o salga de él, por cualquier motivo, deberá ser razonablemente requisada y sometida a los procedimientos de ingreso y egreso. (...) Los internos deben ser requisados rigurosamente después de cada visita.”*

*El Acuerdo 11 de 1995, por el cual el Consejo Directivo del INPEC expide el reglamento general al cual se sujetarán los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios reproduce la norma anterior.*

*El Reglamento de Régimen Interno de la Penitenciaría Nacional de Valledupar expedido por Resolución No. 0037 del 5 de octubre de 2000, establece:*

*“**Artículo 40.** De conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la ley 65 de 1993, sin excepción, toda persona, vehículo, objeto, elemento, paquete, documento o carga que ingrese o salga del establecimiento serán sometidas al procedimiento de la requisa apoyada con los equipos electrónicos de seguridad.*

*Los internos, después de cada visita general, particular o íntima, cuando salgan o ingresen a la penitenciaría, pabellón, aulas, talleres, granja o sanidad, serán sometidos a los procedimientos de requisa simple o visual, según el caso.*

*El cuerpo de custodia y vigilancia podrá practicar requisas de rutina a los internos y las áreas destinadas para su uso, con el fin de garantizar el orden y la disciplina y cuando circunstancias especiales lo aconsejen.”*

**“Artículo 118.** *El sistema de seguridad: El sistema de seguridad y defensa que constituye el apéndice reservado del presente reglamento contendrá:*

*1.-Sistema de control y seguridad*

*(...)*

*d) Identificación de personal y requisas” (subrayas ajenas al texto)*

*La Circular No. 035 del 26 de marzo de 1997, emitida por el Director General del INPEC contiene directrices específicas en cuanto a la práctica de requisas:*

*“Debido a las frecuentes quejas y reclamos no solo de la población reclusa, sino de particulares, familiares, amigos y autoridades del país, esta Dirección nuevamente reitera que las requisas deben efectuarse tal y como lo ORDENA el artículo 55 de la Ley 65 de 1993 y el 22 del Acuerdo 11 de 1995. Las personas deberán ser razonablemente requisadas.*

*Por ningún motivo se permitirá la requisa genitales o de tacto vaginal, toda vez que se cuenta con otros mecanismos para detectar armas, o sustancias estupefacientes, que deben ser agotados, antes de utilizar procedimientos que además de inútiles se constituye (sic) en un trato denigrante para las personas a quienes se les práctica, aunado al hecho de la falta de consideración de quienes la realizan.*

*Tales circunstancias han llevado nuevamente a reiterar, la ineficacia de tales medidas, la que a la postre, han generado tutelas y reclamaciones, al dejarse al descubierto, que son conductas que atentan contra el derecho fundamental de dignidad personal, derecho que debe ser pilar de todos los funcionarios del Instituto preservar.*

*Así las cosas por medio de esta circular, se reitera y ordena que a partir de la fecha, se dejen de practicar estas requisas genitales o de tacto vaginal y en su lugar se practique una requisita general a la persona por encima de la ropa, sin necesidad de desnudar al visitante. En cuanto al interno, deberá requisársele minuciosamente observando los mismos parámetros, una vez haya concluido la visita.*

*(...)"*

*Finalmente considera esta Dirección, que con el ánimo de impedir que a los establecimientos ingresen armas, drogas o sustancias alucinógenas y demás elementos prohibidos, se debe hacer uso de otros medios de requisita, tales como detectores electrónicos, e incluso pedir el apoyo de sabuesos debidamente entrenados para estos efectos." (negritas y subrayas ajenas al texto)*

*De la lectura de las normas anteriores aparece claramente que la requisita rutinaria que relata el peticionario en el escrito de tutela no está permitida legalmente. Es más, está expresamente prohibida por la Circular 035/97 expedida por el Director General del INPEC".*

No queda duda, entonces, que las requisas visuales o cacheos superficiales, sobre las personas reclusas en los centros penitenciarios y quienes ingresan a los mismos, como también sobre los elementos que unas y otras poseen o pretenden ingresar a los reclusorios están permitidas, y pueden ser practicadas por el personal de guardia, atendiendo los requerimientos de orden y seguridad del penal. No así las injerencias visuales o por contacto sobre los cuerpos desnudos de internos y visitantes, como tampoco las intervenciones, comprobaciones y registros corporales, en cuanto, como medidas restrictivas de la intimidad corporal, de la libertad personal, de la integridad física, moral y jurídica del afectado, su realización impone la directa y razonable intervención judicial, atendiendo las pautas y lineamientos constitucionales y legales sobre el punto, en aras de garantizar el respeto de los derechos fundamentales que tales procedimientos comprometen.

### 3. Bibliografía

Ver Informe No 38/96 Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Adoptado por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra 1955, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988.

Adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982.

Arango, Rodolfo y Lemaitre Julieta. Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios Ocasionales Cijus, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002, p.11 y 12.

CCPR, Observación General 21, que sustituye la Observación General 9, sobre trato humano de las personas privadas de la libertad, octubre 10 de 1992.

Constitución Política de Colombia. Editorial Leyer. Bogotá. 2013.

Corte Constitucional: Sentencias, T-403/92; T-412/92; T-415/92; T-081/93; T-329/93.

Disponible en [http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion\\_tutela.html](http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/accion_tutela.html)  
*OC-5, párrafo 46 citando "The Sunday Times case", decisión del 26 de abril 1979 de la Corte Europea de Derechos Humanos, Serie A NE 30, párrafo 62.*

Resolución 34/169 Asamblea General 17 de diciembre de 1979.

Rodrigo Uprimny, El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización Doctrinal, en Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp) Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, 2001.

Sentencia T-077/13. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 7 de diciembre de 2014.

Sentencia T-269 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-690 de 2004. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Consultada el día 23 de abril de 2015.





UNIVERSIDAD LIBRE

**UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA.  
PROGRAMA DE DERECHO.  
CENTRO DE INVESTIGACIONES.  
CARTAGENA DE INDIAS.  
2015.**