

ESCOBAR OSORIO, RICARDO, "Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del Código penal colombiano a la luz del principio de proporcionalidad", *Nuevo Foro Penal*, 98, (2022)

Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz del principio de proporcionalidad*

The illegal financing of political campaigns crimes of the Colombian criminal code in light of the principle of proportionality

Fecha de recepción: 26/04/2021. Fecha de aceptación: 22/04/2022

DOI: 10.17230/nfp18.98.3

RICARDO ESCOBAR OSORIO**

Resumen

El objetivo del presente trabajo es el de determinar si los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del Código Penal colombiano gozan de legitimidad material. Para verificar tal cuestión, se hará uso de una herramienta argumentativa particular: el principio de proporcionalidad.

Abstract

The objective of this work is to determine if the crimes of illegal campaign finance included in the Colombian criminal code are justified. That purpose will be achieved through a particular tool: the principle of proportionality.

* El presente artículo hace parte de los resultados del proyecto de investigación financiado por la Universidad EAFIT (Colombia) titulado: Financiación irregular, ilegal y corrupta de partidos políticos en Colombia: El papel de la política criminal y el derecho penal.

** Asistente de Investigación. Magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT (Colombia). Candidato a Magíster en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Málaga (España).

Palabras clave

Legitimidad material, principio de proporcionalidad, democracia, delitos de financiación ilegal de campañas políticas, legitimidad de los fines, derechos fundamentales, juicio de idoneidad, juicio de necesidad.

Keywords

Legitimacy, principle of proportionality, democracy, crimes of illegal campaign financing, fundamental rights, legal rights.

Sumario

1. Introducción. **2.** El modelo de principio de proporcionalidad asumido. **3.** Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz de los juicios que conforman el principio de proporcionalidad asumido. **4.** Conclusiones. Bibliografía

1. Introducción

Para el año 2018, según el CNE (Consejo Nacional Electoral), el tope de gastos de las campañas al Senado de la República era de 884 millones de pesos, mientras que los de Cámara de Representantes estaban entre los 690 y 1.280 millones de pesos (dependiendo del departamento)¹. No obstante, hay estimaciones de que, en la práctica, independientemente de lo estipulado legalmente, una campaña al Congreso de la República mínimamente competitiva puede valer hasta 24.000 millones de pesos².

Si bien es cierto que hoy en día los procesos electorales se desarrollan en contextos tecnificados que requieren una alta cantidad de recursos económicos, pareciera que en el país son circunstancias como la compra de votos, la compra de líderes sociales, el clientelismo, entre otras, las que determinan los exorbitantes costos de las campañas³. Esto ha dado lugar a contiendas en las que aparentemente

1 Cfr. Resolución 2796 de 2017, del Consejo Nacional Electoral.

2 Ver <https://www.semana.com>, “Las sumas y restas de las campañas políticas”, marzo 10 de 2018. Consultado en <https://www.semana.com/nacion/articulo/campanas-politicas-2018-inversion-en-dinero/559767>.

3 Según SAAVEDRA, VÍCTOR, “Consideraciones sobre el financiamiento de las campañas políticas”, en *Fedesarrollo*, N°68, Bogotá, Fedesarrollo, 2017, pp. 4-7; las razones por las cuales los verdaderos costos de las campañas en Colombia son tan elevados son: altos gastos en propaganda, compra de votos y de líderes locales, la elevada competencia electoral con un equilibrio clientelista y no

es imposible ser competitivo si al mismo tiempo se respetan las reglas que limitan la financiación de la política⁴.

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

La proliferación de las prácticas ilegales en el ámbito de la financiación de la política ha despertado la atención de la sociedad, pero, sobre todo, un despliegue y una presión mediáticas, que han llevado al legislador a valerse de uno de los instrumentos que suelen utilizarse para demostrar que también en las esferas de

programático, la competencia intrapartidista y el limitado control del Consejo Nacional Electoral. Por otro lado, según Transparencia por Colombia, *Análisis de la financiación de las campañas legislativas en Colombia, 2014*, Bogotá, Transparencia por Colombia, 2014, pp. 51-52; este fenómeno, en parte, puede deberse a una posible incongruencia entre los topes determinados por el CNE y los gastos en los que verdaderamente debe incurrir una campaña en Colombia para ser mínimamente competitiva. El motivo de esto puede encontrarse en el índice actualmente utilizado para calcular el costo y los topes de los certámenes electorales en Colombia: El Índice de Costos de las Campañas Electorales (ICCE). Este índice, que fue concebido en colaboración con el DANE como una alternativa a corto plazo, todavía debe ser complementado con una investigación de campo que permita detallar de manera más adecuada los costos reales de las campañas, pues al parecer los topes hasta el momento calculados son incongruentes con la realidad. Según el artículo 24 de la Ley 1475 de 2011, “el Consejo Nacional Electoral con el apoyo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá realizar periódicamente los estudios que correspondan con el objeto de garantizar que los límites al monto de gastos fijados reflejen el valor real de las campañas electorales” (consultado en https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014_TPC_CEDAE.pdf).

4 Según LONDOÑO OSORIO, JUAN FERNANDO, *Estudio sobre financiamiento político*, Bogotá, Registraduría Nacional del Estado Civil, Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales, Centro de Análisis y Asuntos Públicos (CAAP), 2018, p. 130; “El mayor problema que tiene el sistema de financiamiento político en Colombia es la opacidad en la información sobre los gastos electorales. Todos los políticos reconocen en privado que sus competidores no respetaron los topes y señalan cifras exorbitantes empleadas para la consecución del poder político. El problema se encuentra tan extendido que no sólo no se denuncia, pese a que en un país tan litigioso sería una manera fácil de entorpecer la carrera de los rivales políticos, sino que las posibilidades de éxito electoral están ligadas a poder usar esos recursos extras para ser competitivos”. Véase también: Transparencia por Colombia, *Análisis de la financiación de las campañas legislativas en Colombia, 2014*, cit., p. 51; <https://www.elcolombiano.com>, “Transparencia en campaña, ¿un imposible?”, abril 26 de 2017. Consultado en [/colombia/politica/transparencia-en-campana-un-imposible-CH6393501](http://colombia/politica/transparencia-en-campana-un-imposible-CH6393501)

decisión política existe esa misma preocupación. De esta manera, se ha acudido a vías como el poder punitivo, precisamente, a través de la creación de delitos como los de financiación ilegal de campañas políticas. Fue de manera reciente, a través de la Ley 1864 de 2017, que se introdujeron al Código Penal colombiano los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” (artículo 396A), “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” (artículo 396B) y “omisión de información del aportante” (artículo 396C)⁵.

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

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

Lo reciente de la creación de estos delitos explica que, hasta el momento, sus aspectos político-criminales, dogmáticos y constitucionales no hayan sido estudiados por la doctrina nacional o por la jurisprudencia. Por ello, si quiere dársele respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior, resulta de especial importancia realizar un primer acercamiento analítico a ciertas cuestiones fundamentales que suscita la aplicación y creación de estas figuras delictivas. Se trata de cuestiones básicas tales como la legitimidad de los fines que persiguen, la relevancia social del ámbito

5 “Artículo 396A. Financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas. El gerente de la campaña electoral que permita en ella la consecución de bienes provenientes de fuentes prohibidas por la ley para financiar campañas electorales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cuatrocientos (400) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. En la misma pena incurrirá el respectivo candidato cuando se trate de cargos uninominales y listas de voto preferente que realice la conducta descrita en el inciso anterior. En la misma pena incurrirá el candidato de lista de voto no preferente que intervenga en la consecución de bienes provenientes de dichas fuentes para la financiación de su campaña electoral. En la misma pena inc

en el que inciden, la manera en que las prohibiciones y penas tipificadas protegen los bienes jurídicos tutelados o, no menos importante, las implicaciones constitucionales que hay detrás de la entrada en vigencia de dichas figuras; cuestiones que, en parte, hacen referencia a la legitimidad material de los delitos.

En este orden de ideas, un instrumento que facilita el abordaje conjunto de dichos aspectos es el principio de proporcionalidad. Sin duda, su uso puede ser bastante provechoso para el caso que nos compete, pues proporciona una serie de criterios que posibilitan el estudio de los tipos objeto de análisis desde diferentes perspectivas y puntos de vista, lo cual, dará como resultado darle respuesta a la pregunta ya planteada. Además, estos criterios, de definirse adecuadamente, hacen gala de una virtud que no debe ser desatendida: permite darle determinadas funciones y límites al derecho penal. Así, la concepción del principio de proporcionalidad que se asumirá en el presente trabajo posibilita asumir una visión minimalista del *ius puniendi* y tener como marco de referencia ciertos principios limitadores de este, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política colombiana⁶.

Dado que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia el principio de proporcionalidad en materia penal ha sido entendido de diversas maneras, antes de analizar los delitos estudiados a la luz de tal herramienta, a continuación, se explicará brevemente que entenderemos por principio de proporcionalidad.

urrirá el que aporte recursos provenientes de fuentes prohibidas por la ley a campaña electoral.

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

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

6 También, es preciso reconocer la prolífica utilización que en la jurisprudencia colombiana esta herramienta ha tenido. Por esto, a diferencia de otros instrumentos, el principio de proporcionalidad tiene una eminente vocación práctica. Siempre y cuando se haga un adecuado desarrollo conceptual, hacer uso de la herramienta que es de hecho utilizada por los jueces constitucionales para determinar la legitimidad de las leyes penales es un ejercicio que, a efectos prácticos, es sumamente útil. Algunas de las sentencias en que la Corte Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad en materia penal son: C-070 de 1996, C-392 de 2002, C-042 de 2004, C-897 de 2005, C-798 de 2008, C-417 de 2009, C-442 de 2011, C-575 de 2009, C-191 de 2016, C-299 de 2016, C-091 de 2017 y C-290 de 2019.

2. El modelo de principio de proporcionalidad asumido

En el presente trabajo, seguiremos en gran medida el modelo desarrollado por la profesora Lopera Mesa⁷. De esta manera, entenderemos el principio de proporcionalidad como una herramienta interpretativa a través de la cual se logrará determinar si las restricciones que el legislador impone a los derechos fundamentales mediante la expedición de leyes penales resultan admisibles a la luz de la Constitución⁸. Para ello, proporciona una serie de criterios argumentativos⁹ que permiten verificar hasta qué punto una norma penal satisface los postulados constitucionales, singularmente, aquellos referidos a derechos fundamentales¹⁰.

Así, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales constituirán el marco de referencia que nos dirá hasta qué punto una intervención legislativa es legítima o no, es preciso asumir un concepto determinado de los mismos que ayude a entender cómo han de ser aplicadas tales figuras. Por ello, de la mano de Lopera Mesa, asumiremos una concepción conflictivista bajo la cual los derechos fundamentales serán concebidos como mandatos de optimización, o lo que es lo mismo, como principios¹¹.

Que los derechos fundamentales sean vistos como principios se traduce en que serán entendidos como normas que deben aplicarse en la mayor medida de lo posible, y no como reglas que se cumplen de manera absoluta o no se cumplen en absoluto¹². Esto es importante ya que nos permite afirmar que los derechos

7 Tal modelo puede consultarse en LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

8 *Ibid.*, p. 43 y sig.

9 Dado que el principio de proporcionalidad no goza de consagración expresa en la Constitución colombiana, este debe concebirse como un criterio de interpretación, como una herramienta argumentativa, y no como un principio jurídico en sentido estricto. Es decir, este no es un canon de constitucionalidad autónomo. Visto así, los límites serán los derechos fundamentales y no el principio de proporcionalidad en sentido amplio. *Ibid.*, pp. 49-50.

10 Al igual que Lopera Mesa, entenderemos por derecho fundamental aquellos enunciados del texto constitucional que garantizan al individuo el ejercicio de libertades, le otorgan competencias o conforman un derecho a que el estado y los particulares realicen o se abstengan de hacer determinadas acciones. *Ibid.*, p. 271.

11 El hecho de que sean los derechos fundamentales los límites a las intervenciones legislativas y que los mismos sean definidos a través de una perspectiva principialista, es una postura completamente afín con el ordenamiento jurídico colombiano. Así, en las sentencias C-475 de 1997 y C-091 de 2017 la Corte Constitucional colombiana acoge una visión conflictivista de los derechos fundamentales.

12 Lopera Mesa, en gran parte, basa su modelo en las concepciones teóricas de Alexy. Para Alexy, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales

fundamentales son limitables y, precisamente, uno de los límites que pueden operar en su contra son las intervenciones legislativas en materia penal (normas penales).

De esta manera, cuando una intervención legislativa significa una afectación a un derecho fundamental, surgirá un conflicto entre ambos, y es el principio de proporcionalidad la herramienta que nos ayudará a dirimir tal conflicto; en otras palabras, nos ayudará a decidir, a través de un proceso argumentativo compuesto por unas etapas o juicios, si la intervención legislativa, a pesar de afectar derechos fundamentales, se encuentra o no se encuentra justificada¹³. Estos juicios deberán ser aplicados en un orden específico, y si alguno de estos no fuese superado, querrá decir al menos una de dos cosas: (i) que la norma penal no implica una afectación a ninguno de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política colombiana; (ii) que la norma penal carece de legitimidad material, por lo cual es inconstitucional y no se encontrará justificada la afectación que la misma significa para los derechos fundamentales.

Los juicios que conforman el modelo de principio de proporcionalidad asumido son: (i) el establecimiento de los derechos fundamentales que se ven afectados por

existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio". ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87; Véase también LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 100 y sig.

- 13 Además, el modelo de principio de proporcionalidad que asumiremos en el presente trabajo se aplicará desde la perspectiva de prohibición de exceso. En vista del fuerte componente aflictivo que puede adquirir la reacción penal, que implica, necesariamente, la afectación de un número plural de derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad puede estructurarse desde una perspectiva cuya finalidad es evitar los excesos del poder punitivo y los sacrificios innecesarios de derechos fundamentales a través de leyes penales excesivas. Desde este punto de vista el principio de proporcionalidad constituye una prohibición de exceso; un límite a las intervenciones penales basado en la idea de que el *ius puniendi* conlleva a menudo más costes que beneficios en términos de protección derechos fundamentales. Véase, LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 259 y sig. Así, es desde el enfoque de prohibición de exceso que los juicios que integran el principio de proporcionalidad se han formulado teniendo en cuenta algunos de los principios jurídico-penales que limitan el *ius puniendi* (particularmente los de fragmentariedad (o lesividad), efectividad, subsidiariedad y proporcionalidad de las penas) precisamente, con la finalidad de evitar el empleo excesivo e injustificado del castigo penal. *Ibid.*, 232 y sig.

las prohibiciones y penas contenidas en las normas penales; (ii) la determinación de la legitimidad de los fines perseguidos por las normas penales (legitimidad del bien jurídico protegido); (iii) la determinación de la idoneidad de las prohibiciones y penas contenidas en la norma penal para alcanzar los fines que la misma persigue (juicio de idoneidad); (iv) la determinación de la necesidad de las prohibiciones y penas contenidas en la norma penal para alcanzar los fines que la misma persigue (juicio de necesidad); (v) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que exige la realización de una ponderación entre los argumentos en contra y a favor de declarar la legitimidad material de la norma penal.

A continuación, para darle desarrollo al objetivo principal del presente trabajo, se explicará en qué consisten cada uno de estos juicios y se analizarán los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz de los mismos.

3. Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano a la luz de los juicios que conforman el modelo de principio de proporcionalidad asumido

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

La primera etapa que conforma el modelo de principio de proporcionalidad asumido nos obliga a establecer si las conductas y penas tipificadas a través de los delitos objeto de análisis afectan derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política colombiana. Así, esta etapa en verdad constituye un presupuesto para poder recurrir a los demás juicios que hacen parte del principio de proporcionalidad, pues si la intervención legislativa no afecta derechos fundamentales, no habrá conflicto alguno en los términos ya explicados, y no será necesario aplicar los mismos.

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

Partir de una visión conflictivista de los derechos fundamentales no solo implica adoptar un determinado concepto de los mismos, sino que además nos permite

hablar de un derecho fundamental a la libertad general, mediante el cual todos los individuos tienen la facultad, *prima facie*, de hacer o no hacer lo que quieran. Decimos que *prima facie* ya que, como cualquier derecho fundamental, en la medida en que constituye un principio optimizable, el derecho a la libertad general puede ser limitado. En este orden de ideas, si afirmamos que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto con otros principios, podremos a su vez afirmar que existe un derecho general de libertad que, por ende, puede ser limitado por los mismos¹⁴.

Por esto, partiendo de la base de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, es perfectamente posible afirmar que la Constitución Política de Colombia, en su artículo 16, en el que se garantiza el derecho a la libertad de expresión, reconoce a su vez un derecho fundamental de libertad general que, en principio, permite hacer u omitir a cada uno lo que quiera¹⁵. Esto se traduce en que los ciudadanos colombianos, en la medida en que no haya restricción legal alguna, tienen derecho a que el Estado no impida sus acciones y omisiones. Por esto, toda intervención legislativa que obligue o prohíba algo ha de significar una afectación al derecho fundamental aludido y, por lo tanto, siempre que el Estado pretenda limitar esa libertad general a través de una intervención legislativa en la que se quiera

14 Lo anterior porque, si partiéramos de una visión coherentista de los derechos fundamentales en la que los mismos se conciben como mandatos que se cumplen del todo o no se cumplen en lo absoluto, esto es, que no aceptan límites externos, que no entran en conflicto con otros principios jurídicos, y cuyo contenido es siempre definitivo (ya viene prestablecido), no podríamos hablar de un derecho de libertad general, pues de hacerlo, nos veríamos forzados a aceptar que cada cual tiene el derecho a hacer u omitir lo que quiera sin posibilidad de que este derecho sea limitado. Tal conclusión, como puede verse, sería contraproducente. De esta manera, la posibilidad de hablar de un derecho fundamental a la libertad general del individuo es una consecuencia y ventaja importante de la concepción conflictivista de los derechos fundamentales, la cual, se enmarca dentro de una filosofía política de corte liberal que le pretende otorgar al individuo una protección especial frente al Estado. Véase entonces que la postura teórica que en este trabajo asumimos tiene la virtud de darle a la libertad una mayor protección jurídica, pues le otorga un supuesto de hecho amplio en el que se protege toda manifestación de la libertad y obliga al legislador a justificar cualquier intervención sobre la misma. Cfr. *ibid.*, p. 281 y sig.

15 En el Salvamento de Voto de la Sentencia C-290 de 2019, parece se reconoce el derecho a la libertad general en el artículo 28 de la Constitución Política. Sin embargo, en la Sentencia T-595 de 2017, tal derecho es derivado del art. 16 de la Constitución. Según esta, en el art. 16 de la Constitución: “se consagra la libertad in nuce, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad”. Asimismo, para Lopera Mesa, la libertad general de acción recibe protección iusfundamental a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 16 de la Constitución Política colombiana. LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”, en *Nuevo Foro Penal*, n°67. Medellín, Universidad Eafit, 2005, p. 26.

obligar o prohibir la realización de un determinado comportamiento, cualquiera que sea, deberá justificar tal intervención.

Concluiremos entonces que las prohibiciones contenidas en los delitos objeto de estudio limitan y afectan el derecho a la libertad general que tienen los individuos colombianos reconocido en el artículo 16 de la Constitución Política colombiana, toda vez que los mismos prohíben la realización de las conductas tipificadas¹⁶.

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

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

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

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

la infraestructura y la falta de personal y servicios públicos presente en las mismas, los derechos a la dignidad humana (art. 1), a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (arts. 11 y 12), a la salud (art. 49), a la familia (art. 42), al trabajo (art. 25) y a la educación (art. 67) se ven altamente afectados¹⁷.

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

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

Finalmente, si se tiene en cuenta que las instituciones judiciales que conforman el sistema de justicia penal colombiano son incapaces de soportar la constante expansión a la que el poder punitivo se ha visto sometido, derechos fundamentales como el debido proceso constantemente se ven violados (art. 29)¹⁸.

17 Esto fue reconocido por la Corte Constitucional en las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 en las que se declara el estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria. Por otra parte, hay que tener en cuenta que circunstancias como la discriminación y estigmatización presentes en el ámbito laboral y social, la falta de oportunidades en un contexto de precariedad como el colombiano, y la carencia de destrezas sociales que caracteriza a los pospenados luego de largos periodos de exclusión y reclusión, logran que la excarcelación del sujeto suela estar acompañada por la imposibilidad de su reinserción, derecho fundamental que encuentra reconocimiento en la Constitución Política a través del bloque de constitucionalidad. Al respecto, véase ESCOBAR VÉLEZ, SUSANA, "Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social" en Gutiérrez Quevedo, M. Y Olarte Delgado, A. M (editoras), *Política criminal y abolicionismo. Hacia una cultura restaurativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 493-528; Y SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y URIBE HINCAPIÉ, ANA MARÍA, "Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado" en Ramírez Barbosa, P. A, *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Bogotá, Temis, 2018, pp. 154-159.

18 En vista de lo anterior, puede entenderse porqué las sanciones penales, y particularmente la pena de prisión, son altamente afflictivas y afectan de manera grave y enérgica los derechos fundamentales de los condenados. Por esto, el amplio abanico de derechos fundamentales limitados por la aplicación de una pena de prisión en Colombia, como bien afirma Lopera Mesa, tiene que ser puesto a consideración "en el balance de razones que se efectúa cuando se examina la justificación constitucional del recurso al derecho penal, pues lo contrario supone desconocer la singular naturaleza de esta herramienta de control social e igualmente adoptar una postura inconsistente con la interpretación amplia de los derechos fundamentales y del concepto de intervención que se asume como punto de partida en la utilización del principio de proporcionalidad". LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)", cit., p. 31.

Concluiremos entonces que los delitos de financiación ilegal de campañas políticas introducidos al código penal colombiano interfieren de manera negativa en los derechos fundamentales mencionados en los párrafos anteriores.

3.2 Legitimidad del fin perseguido por los delitos de financiación ilegal de las campañas políticas del código penal colombiano

La aplicación de la segunda etapa que compone el modelo de principio de proporcionalidad asumido hace referencia a los bienes jurídicos tutelados por los delitos estudiados. Esta etapa nos obliga a determinar si la protección penal de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano deviene legítima. Para determinar esto, en primer lugar, nos preguntaremos cuales son las posibles finalidades que pueden ser vinculadas a los delitos estudiados. Ello nos conduce a las finalidades que justifican las normas administrativas a las que cada uno de estos remite, pues tales finalidades constituirán, a su vez, el bien jurídico tutelado por los delitos. En segundo lugar, debe establecerse si las finalidades que en efecto persiguen los tipos penales gozan de legitimidad. Para esto último, por un lado, hemos de determinar si tales finalidades constituyen realidades materiales relevantes para el adecuado funcionamiento de nuestra sociedad¹⁹. Por otro, hemos de verificar si no contradicen la Constitución

19 A diferencia de Lopera Mesa, consideraremos que la relevancia social de los fines a perseguir constituye un criterio que debe evaluarse en la etapa relativa a la legitimidad del fin (esto es, en la etapa relativa al bien jurídico) y no en el juicio de necesidad. Sí entendemos correctamente a la profesora colombiana, esta ubica el criterio relativo a la dañosidad social de las conductas tipificadas en el juicio de necesidad, y no en el examen de la legitimidad del fin, ya que a su parecer esta postura es más respetuosa con la legitimidad democrática que le asiste al legislador en materia político criminal. Cfr. LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., pp. 368-370. Sin embargo, no compartiremos tal punto de vista por una razón: incluir el criterio de la dañosidad social en el examen del bien jurídico, que constituye uno de los presupuestos para aplicar los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, permite que los derechos fundamentales no puedan entrar en colisión con cualquier fin autónomo que se proponga alcanzar el legislador, sino solo por fines que impliquen una dañosidad social. Es decir, esta decisión metodológica contrarrestará en cierta medida la crítica que a menudo se le hace a la aplicación del principio de proporcionalidad referida a la relativización de las garantías penales que implica la utilización de esta herramienta. Así, la importancia de concebir de la manera explicada el examen relativo a la legitimidad del fin, radica en que tal propuesta es la más capaz de fungir como filtro para que aquellos fines que carecen de entidad material y de verdadera importancia social no tengan la posibilidad de ser considerados principios y, por lo tanto, no puedan entrar en colisión con otros principios tan importantes para nuestra sociedad como lo son los derechos fundamentales. De todas formas, aunque es cierto que el legislador es aquel destinado a determinar que se ha de considerar relevante socialmente y como ha de tutelarse, también es cierto que dicha determinación debe apoyarse en premisas

Política de Colombia. Cómo puede verse, los criterios que se aplican en esta etapa buscan materializar el principio de lesividad.

Si llegásemos a concluir que tales bienes jurídicos son legítimos, entonces podremos afirmar que las normas penales que los tutelan tienen carácter de principio y, por lo tanto, como las mismas significan una afectación a otros principios (que son los derechos fundamentales mencionados en el apartado anterior), surge, en efecto, un conflicto entre ambos. Aunque este juicio, de cierta manera, también constituye un presupuesto del principio de proporcionalidad (pues en la medida en que nos ayuda a determinar si la intervención legislativa tiene carácter de principio también nos ayuda a definir si es posible predicar la existencia de un conflicto entre los derechos fundamentales y la intervención legislativa) el mismo incluye, a diferencia del examen anterior (y al igual que los siguientes juicios), criterios referidos a la legitimidad material de las normas penales estudiadas.

3.2.1 Los bienes jurídicos protegidos por los delitos de financiación ilegal de las campañas políticas del código penal colombiano

Las normas relativas a las fuentes prohibidas de financiación de campañas políticas pretenden la protección de la voluntad popular y la autonomía de los candidatos frente a posibles fuentes de presión ilegítimas. Esto porque algunas fuentes se prohíben precisamente por su proclividad a fungir como un foco de presión ilegítimo. Estas son entonces las finalidades que directamente persigue el delito contenido en el artículo 396A del código penal colombiano²⁰.

empíricas, que demuestren que aquello que se va a proteger si es verdaderamente relevante para el funcionamiento de la sociedad. Por esto, consideramos que si el criterio relativo a la relevancia social del bien jurídico tutelado es ubicado en el examen del bien jurídico, significaría obligar al legislador a ser más cuidadoso en la motivación de las leyes penales que expide, de manera que se vería forzado a explicar de manera razonable porque considera determinado interés relevante para la sociedad. En este sentido, es de vital importancia que el legislador disponga de los conocimientos necesarios acerca de la realidad social sobre la que intervendrá a través de determinada decisión legislativa (Véase, SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 141-142). Las valoraciones que este haga deben estar basadas en tales conocimientos, y es importante que aquello se vea reflejado en la motivación de las leyes que expide. Por ello, creemos que ubicar el criterio aludido en el examen relativo a la legitimidad del fin no necesariamente significa una vulneración a la legitimidad democrática que en materia penal le asiste al legislador.

20 El legislador colombiano, en la motivación de la Ley 1864 de 2017, refiriéndose a la propuesta de introducir al código penal el delito de "financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas", señala que "esta prohibición está encaminada a preservar la transparencia electoral, la voluntad de los electores y la autonomía de los candidatos, quienes, en caso contrario, una vez elegidos, podrían

Por su parte, con las normas relativas a los topes de gastos de las campañas lo que se busca es poner un límite para que, por un lado, el poderío económico no sea el único factor determinante para poder llegar al poder, y por otro, para difundir el mensaje político en condiciones equilibradas. Esto porque aquel candidato que se gaste más dinero de lo debido no solo tendrá más oportunidades de triunfar en la competición electoral, sino que, independientemente de que consiga el triunfo o no, habrá podido difundir su mensaje en mayor cantidad, lo cual, va en detrimento del equilibrio que debe haber en el acceso a las oportunidades para las diferentes propuestas políticas en competencia. Por ello, de no existir tales límites, serán aquellos que tengan más dinero los que estarán destinados a estar siempre en el poder, cosa que, entre otros, atentaría contra la pluralidad política y significaría un obstáculo para el desarrollo de una democracia en donde las ideas y propuestas (y no solo el dinero) jueguen un papel fundamental. En otras palabras, de no existir tales normas, el poder democrático sería apenas un reflejo del poder económico. Esta es, por lo tanto, la finalidad que justifica el delito contenido en el artículo 396B del Código penal colombiano²¹.

Finalmente, las normas referidas a la obligación de rendir informe acerca de los aportes efectuados a las campañas políticas no tienen un propósito diferente al de procurar el cumplimiento de las normas que limitan la financiación privada de campañas políticas, por lo cual, aunque de manera más indirecta, persigue las mismas finalidades procuradas por estas. Por esto, los objetivos perseguidos por el delito de “omisión de información del aportante” contenido en el artículo 396C son entonces los mismos de los que hemos estado hablando durante el desarrollo del presente trabajo: la protección de la voluntad popular, la autonomía de los candidatos frente a posibles fuentes de presión ilegítimas y la pluralidad política²².

ser obligados a responder a los intereses de quienes los financiaron”. Senado de la República de Colombia, *Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de Ley número 017 de 2015 de Cámara y número 125 de 2016 de Senado*, Gaceta 872 de 2016, p. 12-13. Consultado en <http://www.secretariassenado.gov.co>.

21 El legislador colombiano, en la motivación de la Ley 1864 de 2017, refiriéndose a la propuesta de introducir al código penal el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales”, dice que “el establecimiento de topes está encaminado a proteger la formación democrática de la voluntad popular, así como a proteger los principios de igualdad, transparencia y pluralismo político, de manera tal que sean las ideas y no el dinero lo que determine el resultado electoral. Una violación de los topes de las campañas electorales pone en riesgo el ejercicio mismo de la democracia”. *Ibid.*, p. 14.

22 La transparencia suele ser vista como uno de los bienes jurídicos a proteger mediante las normas que regulan la actividad del dinero en la política. Sin embargo, en el presente trabajo diremos que la transparencia no es precisamente un bien jurídico a tutelar mediante las normas en mención.

En conclusión, los aspectos acabados de mencionar constituyen los bienes jurídicos que directamente se protegen por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del Código penal colombiano, esto es, los bienes jurídicos en sentido técnico²³. Los mismos podrían clasificarse como bienes jurídicos colectivos autónomos²⁴. La democracia, cuyo correcto funcionamiento requiere sean garantizados

Esto porque las normas que procuran la transparencia en el ámbito electoral (como por ejemplo, la obligación que tienen los candidatos y partidos políticos de presentar informes financieros ante las autoridades competentes) tienen el objetivo de facilitar el cumplimiento de otras normas que rigen en el ámbito de la financiación política y que garantizan aspectos esenciales para el correcto funcionamiento de la democracia (como por ejemplo la pluralidad política y la adecuada conformación y manifestación de la voluntad popular), lo cual, hace de la misma un medio que indirectamente facilita el alcance de tales aspectos. Pero precisamente, por ser apenas un medio de protección indirecta, la transparencia por sí misma no constituye un bien jurídico.

- 23 Es preciso decir que no fue posible encontrar pronunciamientos doctrinales en los que se revisen los diferentes aspectos dogmáticos concernientes a los delitos establecidos en los artículos 396A, 396B y 396C. Por ello vale la pena mencionar algunas de las conclusiones a las que ha llegado la doctrina española sobre la regulación relativa a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos contenidos en los artículos 304 bis y 304 ter del código penal español y algunas de las conclusiones a las que ha llegado la Corte Constitucional respecto de las normas administrativas que regulan y limitan la financiación privada de las campañas políticas en Colombia. Así, buena parte de la doctrina española ha concluido que el bien jurídico protegido por los delitos de financiación ilegal de partidos políticos del código penal español es el adecuado funcionamiento del sistema democrático, entre cuyos aspectos esenciales se encuentra la protección de la voluntad popular, la autonomía de los partidos políticos, la igualdad en el acceso a las oportunidades y el pluralismo político. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional, afirma que las normas administrativas que regulan y limitan la financiación privada de las campañas políticas buscan proteger el pluralismo político, la igualdad de armas que debe haber en el proceso electoral para que haya una competición justa, la protección de la voluntad popular ante injerencias ilegítimas, la autonomía de los competidores ante los grupos de presión desproporcionados y la transparencia en el ámbito de la financiación. Sobre la doctrina española, véase a OLAIZOLA NOGALES, INÉS, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 192; OLAIZOLA NOGALES INÉS, "El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP", en *La Ley*, N° 8516, 2015, p. 1 MAROTO CALATAYUD, MANUEL, *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Castilla La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012, p. 378; PUENTE ABA, LUZ MARÍA, *El delito de financiación de partidos políticos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 59; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 485; JAVATO MARTÍN, ANTONIO MARÍA, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP. Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado". En *RECPC*, vol. 19, N° 26, 2017, p. 24; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ EDUARDO, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en Morillas Cueva, L. (director), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 666. Sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional, véase las sentencias: C-089 de 1994; C-490 de 2011; C-397 de 2010; C-141 de 2010; C-1153 de 2005.
- 24 La democracia y los aspectos que la componen, vistos como principios, tienen como objeto la optimización de intereses que se consideran valiosos para la sociedad en general, pero no admiten ser distribuidos entre los individuos que la componen. Por esto, dado que se trata de intereses que no son susceptibles de titularidad individual, el objetivo es garantizar su aprovechamiento por

tales aspectos, constituye la *ratio legis* de la criminalización. Es decir, la democracia debe ser vista como una unidad conformada por diferentes elementos, todos necesarios si se quiere conservar la integridad y buen funcionamiento de la misma, de manera que si uno de tales elementos se llegare a atrofiar, se deformaría a su vez la democracia misma²⁵.

3.2.2 La materialidad, relevancia social y no contradicción con la Constitución de los fines perseguidos por los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del Código penal colombiano

Teniendo en cuenta que para la democracia de una sociedad, y especialmente para una sociedad como la colombiana, es fundamental que la financiación de la política se desarrolle adecuadamente, creemos acertado concluir que los aspectos en mención son bienes jurídicos que constituyen realidades materiales de suma

todos. Ahora bien, los bienes jurídicos colectivos se suelen clasificar en dos tipos. Unos, son los que tienen una relación con los bienes jurídicos individuales. Estos, a través de la protección de bienes públicos, como por ejemplo, la salud pública o el medio ambiente, pretenden proteger bienes jurídicos individuales, como por ejemplo la vida o la integridad. Por ello, suelen ser llamados bienes jurídicos “individualizables”. El segundo tipo de bienes jurídicos colectivos son los autónomos, los cuales, carecen de ese referente a un bien jurídico individual. Estos a su vez se clasifican en dos tipos: aquellos destinados a proteger prestaciones y recursos básicos para el funcionamiento del sistema social y aquellos destinados a orientados a la protección de las instituciones estatales necesarias para garantizar tales prestaciones y recursos. Sobre los rasgos de los bienes jurídicos colectivos, véase SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 193 y sig.

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

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

De otro lado, de acuerdo a lo explicado anteriormente, es fácil anticipar que las finalidades perseguidas por los delitos estudiados, además de constituir bienes jurídicos referidos a una realidad material relevante socialmente, no contradicen la Constitución Política colombiana. Por el contrario, aparte de que se trata de objetivos reconocidos por la jurisprudencia constitucional colombiana, los mismos encuentran reconocimiento expreso por el mencionado estatuto²⁶.

Por ello, concluiremos que los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” y de “omisión de información del aportante”, tutelan bienes jurídicos dignos de protección penal. Como hemos dicho, constituyen realidades consideradas importantes para el correcto funcionamiento de nuestra sociedad que

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

se encuentran reconocidas expresamente por la Constitución Política colombiana. De esta manera, afirmaremos que, en efecto, existe un conflicto entre algunos de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política colombiana y los delitos objeto de estudio, por lo que, a continuación, pasaremos a dirimir tal conflicto a través de la aplicación de los siguientes juicios que conforman el principio de proporcionalidad. Así, en primer lugar, daremos aplicación al juicio de idoneidad. En segundo lugar, superado el juicio anterior, en virtud del juicio de necesidad, revisaremos si los delitos estudiados constituyen medios necesarios para alcanzar los fines que persiguen. Luego, si se superasen tanto el juicio de idoneidad como el juicio de necesidad, deberá aplicarse el último paso que conforma el principio de proporcionalidad: el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

3.3 La idoneidad de las prohibiciones y penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano

La tercera etapa del modelo de principio de proporcionalidad acogido, nos dice que es necesario determinar si los delitos estudiados son idóneos, es decir, si entre estos y su finalidad existe una relación de causalidad positiva. Para ello, debe distinguirse entre la idoneidad de las prohibiciones y la idoneidad de las penas.

3.3.1 La idoneidad de las prohibiciones contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano

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

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

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo concluido en el aparatado relativo a las finalidades perseguidas por los delitos estudiados, y partiendo de la idea según la cual es perfectamente posible lesionar los bienes jurídicos colectivos a través de conductas individuales²⁷, debe concluirse que el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” es de lesión, pues el incumplimiento de las disposiciones relativas a los topes de gastos ha de significar un menoscabo a la pluralidad política y al desarrollo de una democracia en la que no sea el dinero el único factor determinante en la competencia electoral. Es decir, siempre que una campaña política sobrepase los topes de gastos estará creando una distorsión grave en el equilibrio que debe mediar el adecuado proceso democrático²⁸. Por ello, la tipicidad de este delito requiere que se produzca una lesión en el bien jurídico mencionado.

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

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

Respecto del delito de “omisión de información del aportante”, pareciera que lo que se está castigando es una presunta participación en los delitos de

27 Cfr. SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 316 y sig.

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

“financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales”. Es decir, se castiga ya que se parte de una doble presunción: por un lado, se presume que quien no de informe del aporte efectuado a una campaña política lo hace porque está yendo en contravía de las normas relativas a la prohibición de fuentes y al monto permitido de las contribuciones a las campañas políticas (cosa que perfectamente puede no ocurra de esa manera) y por otro, se presume que ello significaría una contribución al menoscabo de los bienes jurídicos que precisamente persiguen los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” (y puede darse que un aportante que no de informe de su aporte, que constituya una fuente prohibida y que contribuya más de lo debido, no esté afectando de manera concreta los bienes jurídicos protegidos). Esto hace que perfectamente se puedan presentar casos en los que se incurra en la conducta tipificada y ni siquiera se cree un peligro concreto para la democracia y para los bienes jurídicos mencionados en los párrafos anteriores²⁹. Estamos, por lo tanto, ante un tipo penal de peligro abstracto.

Ahora bien, el hecho de que los delitos de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas” y de “omisión de información del aportante” contenidos en los artículos 396A y 396C del Código penal colombiano, sean de peligro abstracto, hace difícil la determinación de la idoneidad de los mismos. Por casos como estos es que Lopera Mesa correctamente afirma que “el principal problema que plantea

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

el juicio de idoneidad de las prohibiciones penales es su aplicación a los delitos de peligro abstracto³⁰. Esto porque es sumamente difícil establecer criterios que permitan identificar con precisión cuándo estamos ante una conducta que conlleve alguna lesividad para el bien jurídico protegido (trátase de una lesión o de un peligro concreto real) y cuándo ante una conducta carente por completo de lesividad para el mismo³¹. Tal determinación requiere el establecimiento de reglas de experiencia que nos permitan efectuar un pronóstico acerca de las consecuencias de ciertos hechos que presentan determinadas características.

No obstante, debe decirse que no tenemos a disposición tales pronósticos, reglas de experiencia o estudios similares que nos permitan determinar con base en premisas empíricas si, generalmente, cuando se incurre en las conductas tipificadas por los delitos en mención se crea por lo menos un peligro efectivo para los bienes jurídicos protegidos. Por esto, dada la dificultad de afirmar con exactitud que entre las conductas prohibidas por los delitos y los fines perseguidos por estos no hay en absoluto una relación de causalidad positiva, nos abstendremos de negar la idoneidad de las mismas³², y se dará por superado el presente criterio del juicio de idoneidad. De todas formas, a pesar de afirmar que los delitos contenidos en los artículos 396A y 396C son idóneos, el hecho de que la idoneidad de la conducta tipificada por estos sea dudosa será un factor que habrá de ser tenido en cuenta en el último juicio que conforma el principio de proporcionalidad: el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Esto, en la medida en que sea necesario aplicar el mismo. De ser así, este hecho será una circunstancia que, en dicha etapa, jugará en contra de las normas penales analizadas.

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

30 LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 402.

31 *Ibid.*, p. 404.

32 No obstante, tales prohibiciones se darán por idóneas bajo el entendido de que la tipicidad de las mismas solo se perfeccionará cuando se haya comprobado su peligrosidad ex ante en el caso concreto. *Ibid.*, p. 409. Ello es afín con el código penal colombiano, que en su artículo 11 exige que por lo menos se cree un peligro efectivo para poder predicar la antijuridicidad de la conducta enjuiciada. Tal comprobación le corresponderá hacerla al juez encargado de aplicar la ley penal en cada caso.

3.3.2 La idoneidad de las penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano

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

Desafortunadamente, para el presente caso, no disponemos de ningún medio o estudio probatorio que nos permita llegar a alguna conclusión definitiva en materia de idoneidad de las penas. En la motivación que acompañó el proceso de expedición de las normas analizadas el legislador no tuvo en cuenta datos fácticos que permitan indicar de manera confiable que la sanción penal es eficaz para prevenir la comisión de las conductas tipificadas por los delitos. Tales datos tampoco fue posible encontrarlos en la literatura científica; ni fue posible hallar estudios sobre experiencias legislativas (ya sea nacionales o internacionales) que versen sobre regulaciones penales en el ámbito de la financiación ilegal de campañas políticas y que nos puedan arrojar alguna pista al respecto; o estudios que versen sobre la experiencia hasta el momento tenida con los delitos analizados (entre otras circunstancias, los delitos estudiados hace muy poco que están vigentes, y ello imposibilita la obtención de datos satisfactorios).

A pesar de esto, podrían tenerse en cuenta ciertos argumentos relacionados con la idoneidad de las penas analizadas. Estos tienen que ver con el incumplimiento de las normas de financiación de campañas políticas durante la vigencia de los delitos estudiados, con la verdadera capacidad de respuesta del derecho penal en el contexto específico en que es aplicado y con las circunstancias que rodearon la aprobación de la norma enjuiciada. Cómo se verá, estos argumentos constituyen indicios que hacen que la eficacia de las sanciones estudiadas sea más improbable que probable.

Así, por un lado, teniendo en cuenta los datos revisados en la introducción del texto, debe decirse que, aparentemente, en las primeras elecciones legislativas celebradas en Colombia estando vigentes los delitos objeto de análisis (que fueron las de 2018), las normas que limitan la financiación de las campañas políticas fueron, como se acostumbra a hacer, incumplidas.

Por otro lado, es preciso afirmar que la justicia penal colombiana adolece de eficacia. Los enormes niveles de impunidad, junto con la desconfianza de la población hacia las instituciones estatales, revelan la impotencia de estas últimas para hacerle

frente a los altos índices de criminalidad que pueden constatarse en el país³³. Además, es sabido que la mayoría de hechos delictivos ni siquiera logran superar la fase de indagación preliminar³⁴, que las instituciones policiales son inoperantes a la hora de brindar seguridad y que la justicia penal colombiana presenta graves problemas en cuanto a su capacidad investigativa³⁵. Todo ello hace que, en general, las sanciones penales en Colombia sean ineficaces para alcanzar los propósitos que las justifican.

-
- 33 Así, por ejemplo, la Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana (ECSC) realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) reveló que en el 2018, solo el 28,7% de las personas encuestadas que sufrió alguno de los delitos que se tuvo como referencia denunció el hecho. Esto quiere decir que durante el 2018 los índices de criminalidad oculta en el país ascendieron a un 71,3%. DANE, *Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana 2018*, Bogotá, DANE, 2019, p. 18. Consultado en <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc>. Los delitos que este estudio tuvo como referencia son: hurto a residencia y hurto de ganado o semovientes (a nivel de hogares), hurto a personas, hurto a vehículo (entre aquellas personas que reportaron tener un vehículo), involucramiento en riñas y peleas que implicaron violencia física, y extorsión o intento de extorsión. Ahora bien, es cierto lo advertido por Prieto del Pino al señalar la importancia de distinguir entre la idoneidad abstracta de un determinado sector del ordenamiento jurídico y la idoneidad concreta de una medida particular proveniente de este sector. En cada sector pueden haber medidas diferentes que conllevan una idoneidad diferente. Cfr. PRIETO DEL PINO, ANA MARÍA, "Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad", en Becerra Muñoz, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M (directores), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 299. Sin embargo, aunque es verdad que los tipos penales de financiación ilegal de campañas políticas pertenecen a un ámbito completamente diferente a los delitos que fueron tenidos en cuenta para realizar el estudio citado, las cifras reveladas nos pueden dar un indicio de la ineficacia general del sistema punitivo colombiano, la cual, se extiende a todos los sectores del derecho penal. De nuevo, sobre los delitos de financiación ilegal de campañas políticas no hay datos que nos permitan realizar conclusiones exactas, debido en parte a lo reciente de su expedición
- 34 Por ejemplo, a mediados del 2015 las estadísticas revelaron que solo el 20% de los casos de homicidios que lograron ser conocidos por las autoridades consiguieron ser judicializados. Véase <https://www.eltiempo.com>, "Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes", julio 18 de 2015. Consultado en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>.
- 35 El Índice Global de Impunidad (IGI) catalogó a Colombia en el 2017 como el octavo país con más impunidad en el mundo, mientras que en el 2015 lo posicionó en el tercer lugar. Cfr. Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla, *Índice Global de Impunidad 2017 (IGI-2017). Dimensiones de la impunidad global*, Puebla, México, UDLAP, 2017. Consultado en <http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017.pdf>; Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla, *Índice Global de Impunidad (IGI-2015)*, Puebla, México, UDLAP, 2015. Consultado en http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015_ESP.pdf. Según estos informes, para el 2017 Colombia poseía 66.57 puntos (siendo 100 el máximo valor de impunidad posible) en relación con 69 países que han reportado sus estadísticas en materia de seguridad, derechos humanos y justicia a la ONUDD. Para el 2015, Colombia presentaba un total de 75.6 puntos en relación con 59 países.

Por último, las circunstancias que caracterizaron el proceso de expedición de la Ley 1864 de 2017 nos dan un indicio de que, probablemente, los delitos de financiación de campañas políticas buscan, en buena medida, meros efectos simbólicos. En Colombia, el legislador, buscando la aprobación de una ciudadanía poco identificada con el sistema político, se ha dedicado, en buena medida, a presentar proyectos y a aprobar leyes penales con contenidos socialmente sensibles que considera rentables en términos electorales y políticos³⁶. Dentro de este fenómeno es perfectamente viable ubicar a la Ley 1864 de 2017, mediante la cual, entre otros, el legislador introduce al ordenamiento jurídico colombiano los delitos de financiación ilegal de campañas políticas. Esta, versa sobre un tema que en los últimos años ha despertado cierta conmoción en el país: la corrupción.

Así, a partir de los diferentes escándalos en materia de corrupción que han salido a la luz pública, ha habido un especial interés en materia legislativa sobre los diferentes temas relacionados con la misma³⁷. La expedición de la Ley 1864 de 2017, que coincidentemente se hace un año antes de las elecciones presidenciales y parlamentarias que se celebraron en el 2018, busca sancionar de manera más vehemente ciertas conductas indebidas o corruptas que se efectúan en los procesos electorales. Tales circunstancias nos dan un indicio de que, probablemente, los delitos de financiación de campañas políticas buscan, en buena medida, meros efectos simbólicos. Dicha afirmación se ve fortalecida por el hecho de que en la motivación de la Ley el legislador no muestra preocupación alguna por la idoneidad de las normas analizadas.

36 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en *Nuevo Foro Penal*, v. 3, n. 71, Medellín, Universidad Eafit, 2007, p. 31.

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

Estas conclusiones, como ya se sugirió, hacen que la idoneidad de las sanciones analizadas sea bastante cuestionable. Sin embargo, a partir de ello no nos será posible afirmar que estas no superan el juicio de idoneidad, pues las mismas no nos ofrecen certezas empíricas. Esto porque, para poder declarar la inconstitucional de una norma penal por inidónea, debe verificarse, en primer lugar, que en el proceso de expedición de la misma el legislador no tuvo en cuenta estudios de factibilidad que permitan respaldar, con base en premisas empíricas fundamentadas en conocimiento técnico y científico, que la norma penal puede contribuir a la protección del bien jurídico que pretende tutelar. En segundo lugar, debe comprobarse, también a partir de estudios y medios cualificados, que la norma penal, no solo no tiene la capacidad para alcanzar el fin que la justifica, sino que se muestra contraproducente para ello³⁸. Como puede verse, lo primero pudo constatarse. Lo segundo no.

Por ello, al igual que como se dijo en el análisis relativo a la idoneidad de las prohibiciones contenidas en los delitos de “omisión de información del aportante” y “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, el hecho de que la idoneidad de las sanciones penales no haya sido comprobada a través de premisas empíricas confiables es un factor que habrá de ser tenido en cuenta en las siguientes etapas del principio de proporcionalidad. De esta manera, asumiendo que no disponemos de datos conclusivos y que al legislador le asiste legitimidad democrática en materia político criminal, concluiremos que las sanciones contenidas en los delitos estudiados son idóneas y, por lo tanto, pasaremos a aplicar el siguiente juicio que compone el principio de proporcionalidad.

3.4 La necesidad de las prohibiciones y penas contenidas en los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del código penal colombiano

La cuarta etapa del modelo de principio de proporcionalidad asumido, en virtud del principio de subsidiariedad externa, nos obliga precisar si entre otra alternativa más benigna que el *ius puniendi* (de naturaleza no penal) y el fin propuesto, podría predicarse una relación de causalidad positiva. Luego, si llegásemos a la conclusión de que solo el derecho penal tiene la capacidad de alcanzar los fines perseguidos,

38 Aunque, según esto, es sumamente difícil declarar la inconstitucionalidad de una norma penal por su falta de idoneidad, ello se debe a que es preciso respetar la legitimidad democrática que le asiste al legislador, pues nos encontramos en un terreno en el que es difícil hablar con certezas. Cfr. LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 432.

este juicio nos obliga a indagar, por un lado, dando aplicación al principio de subsidiariedad interna, si los mismos fines pueden ser alcanzados a través de sanciones penales más benignas que las contempladas por la medida penal en cuestión, y por otro, en virtud del juicio de necesidad de las prohibiciones, si otras modalidades de prohibición más benignas que las contempladas por la norma estudiada son idóneas para alcanzar tales fines.

Para el desarrollo de las pautas acabadas de describir, tendremos en cuenta que los medios alternativos, al ser más benignos que las medidas penales estudiadas, reportan réditos en términos de protección de derechos fundamentales, por lo cual, su menor idoneidad en cuanto al fin perseguido se puede ver compensada por su mayor benignidad en cuanto a los derechos fundamentales³⁹. Esto quiere decir que los medios alternativos no necesariamente deben revestir la misma o mayor idoneidad que la medida penal⁴⁰, pues si afectan de manera menos intensa derechos fundamentales, su idoneidad para alcanzar los fines perseguidos puede ser menor que la idoneidad de la medida penal, lo cual, podría dar como resultado que esta última no sea necesaria. En base a esta idea, en el presente trabajo asumiremos que el recurso penal solo podrá ser necesario si, en primer lugar, el legislador ha realizado previamente las modificaciones indispensables que lleven a comprobar la menor eficacia del medio alternativo y, en segundo lugar, si se constata que la idoneidad del medio alternativo es tan escasa que no alcanza a ser compensada por la mayor benignidad del mismo en

39 En un sentido similar, Prieto del Pino afirma que la idoneidad debe referirse a la totalidad de los efectos que genera la protección dispensada a un determinado bien jurídico, pues dicha protección puede generar efectos sobre otros bienes jurídicos diferentes. Es decir, una medida legal idónea para alcanzar un fin determinado puede afectar negativamente otros fines socialmente valiosos. Para determinar cuáles serían estos “efectos colaterales” de la medida legal se hace necesario adoptar una perspectiva global en el análisis de la idoneidad. Cfr. PRIETO DEL PINO, ANA MARÍA, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, cit., p. 298-299.

40 LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., pp. 440-441. En la misma dirección, Prieto del Pino comenta que, si no se quiere anular la capacidad limitadora del principio de necesidad, es conveniente exigir menos eficacia a los sectores jurídicos no penales, es decir, deben aceptarse intervenciones diferentes a la penal con niveles de eficacia menores que los obtenidos por este. Esto porque la sanción penal posee ciertas características que hacen de la misma aquella de la que se puede esperar un efecto disuasorio más elevado. Esto significa que los únicos casos en los que el *ius puniendi* no saldría triunfante serían aquellos en los que el derecho penal sea manifiestamente inidóneo. PRIETO DEL PINO, ANA MARÍA, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad”, cit., p. 304. En otra dirección apunta Bernal Pulido, para quien el medio alternativo debe gozar de una idoneidad igual o mayor que la del medio escogido por el legislador, esto para respetar la libertad configurativa del mismo. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2007, pp. 741 y sig.

cuanto a la afectación a derechos fundamentales⁴¹. Así, como puede verse, el presente juicio requerirá que nos demos a la tarea de efectuar pronósticos acerca de la eficacia disuasoria y la menor lesividad de los diferentes medios que se tienen a disposición (tanto el penal como los alternativos) para alcanzar los fines perseguidos.

Por otra parte, en el presente trabajo se asumirá que las alternativas a la opción penal no deben constituir exclusivamente medios en el momento disponibles en el ordenamiento jurídico, sino que puede tratarse de propuestas de reforma jurídica. En todo caso, trátase de los unos o de los otros, como mínimo debe poderse prever, de manera razonable, que los mismos contienen cierto grado de idoneidad para alcanzar los fines perseguidos por el legislador⁴².

Dicho esto, comenzaremos el análisis relativo al juicio de necesidad de las penas preguntándonos a cuál medio alternativo idóneo y menos lesivo hubiese podido acudir el legislador colombiano para tutelar los fines perseguidos por las normas penales analizadas. Ya que los delitos analizados constituyen tipos penales en blanco que remiten a normas administrativas y regulan asuntos de derecho público, para el caso que nos concierne, el medio alternativo al que hubiese podido acudir el legislador es el derecho administrativo sancionador.

A pesar de que, como veremos en las siguientes páginas, actualmente en el ámbito de la financiación política el derecho administrativo sancionador es prácticamente inoperante, hay buenas razones para pensar que ello se debe a los vacíos y falencias técnicas que lo caracterizan, lo cual, de corregirse, podría hacer de este medio uno eficaz. Y dado que el mismo es menos lesivo que el derecho penal, y que este último es a su vez un medio ineficaz en el contexto colombiano, creemos que para el caso que nos ocupa, el legislador, a través de la reforma del derecho administrativo sancionatorio que regula esta materia, tenía la posibilidad de perseguir con más eficacia y de manera menos gravosa los bienes jurídicos tutelados.

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

41 LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)", cit., pp. 51-52

42 La adopción de tales criterios es afín con la idea de que la intensidad con que la propuesta penal afecta derechos fundamentales hace que sea necesario echar mano de criterios flexibles de selección de medios alternativos. Y es que, si estos no fuesen flexibles, el juicio de necesidad perdería gran parte de su capacidad operativa. Lopera Mesa, acoge una propuesta similar. Cfr. LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., pp. 433-484.

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

Así, por un lado, a pesar de que no son pocas y sencillas las competencias que tanto la Constitución como la Ley le encomiendan, se trata de una entidad con pocos recursos técnicos, humanos y financieros⁴³. Esto se debe, en parte, a la falta de autonomía presupuestal con la que cuenta⁴⁴. Por otro, la composición del órgano electoral es bastante cuestionable. Uno de los problemas más serios que posee el CNE es el mecanismo de elección de sus miembros. Originalmente, según el artículo 264 de la Constitución Política, era el Consejo de Estado quien elegía a los integrantes del CNE a partir de ternas presentadas por el Congreso. Hoy en día, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2003, que reformó el artículo 264 en comento, a partir de listas presentadas por los partidos, es el Congreso en pleno quien elige a los miembros del Consejo bajo el sistema de cifra repartidora. Este mecanismo es sin ninguna duda perjudicial para la independencia de los magistrados que conforman al CNE, pues no son pocas las situaciones en las que se presentan conflictos de

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

44 Según Transparencia por Colombia, *Análisis de la financiación de las campañas legislativas en Colombia, 2014*, cit., p. 51; aunque en el 2009, a través del acto legislativo 01, se estableció en el artículo 265 de la Constitución Política que el CNE goza de autonomía presupuestal y administrativa, debido a la falta de desarrollo legal que ha tenido tal disposición, no se le ha permitido tener un rubro propio dentro del Presupuesto General de la Nación. En la actualidad sucede que el presupuesto para su funcionamiento se debe apropiar a nombre de la Registraduría Nacional para el Estado Civil y de su fondo rotatorio.

intereses entre los magistrados y los partidos⁴⁵, desincentivándose así el ejercicio de la investigación, vigilancia, control y aplicación de sanciones.

Véase entonces que estamos frente a un órgano electoral altamente politizado cuyas funciones sancionatorias quedan al margen⁴⁶. Ello hace que las capacidades del CNE para imponer sanciones sean muy bajas, debilitándose el efecto disuasivo de las sanciones legales disponibles en nuestro ordenamiento jurídico. Todo esto nos lleva a concluir que mientras no se haga una reforma de fondo al órgano electoral⁴⁷,

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

46 En síntesis, estamos de acuerdo con PUYANA, RICARDO, “Las reformas políticas en Colombia, 2003-2011, ¿hacia partidos más responsables?” en Wills Otero L. y Batlle M. (compiladoras), *Política y territorio. Análisis de las elecciones subnacionales en Colombia, 2011*, Bogotá, PNUD, IDEA, NIMD, 2012, p. 32; al afirmar que, a pesar de las nuevas competencias y obligaciones que Ley 1475 de 2011 le da al CNE, no pareciera que su composición y funcionamiento coincidan con las facultades que este tiene en su cabeza. Puntos como su poca autonomía presupuestal, su relación con los partidos políticos, sus funciones y su composición, entre otros, todavía generan serias dudas acerca de la capacidad que esta entidad tiene para cumplir adecuadamente con sus responsabilidades. De esta manera, según el autor, “Muchos vacíos y pocos controles han hecho que el uso indebido de los recursos, la violación de los topes y el financiamiento ilegal -entre otras prácticas- sean protagonistas de los procesos electorales, sin que se vean resultados en cuanto a la judicialización de los responsables”. Cfr. *Ibid.*, p. 35. También estamos de acuerdo con Transparencia por Colombia, “¿Qué debe tener en cuenta la reforma política sobre financiación?”, Bogotá, Transparencia por Colombia, 2018. Consultado en <http://transparenciacolombia.org.co/2019/02/15/que-debe-tener-en-cuenta-la-reforma-politica-sobre-financiacion/>; al concluir que para que el CNE cumpla las funciones electorales a su cargo, también es necesario que otras entidades brinden apoyo, “como la DIAN en la revisión de las declaraciones de renta, la UIAF en la investigación sobre recursos ilícitos y lavado de activos y la Fiscalía en los procesos de investigación y sanciones penales por delitos en la financiación, deben trabajar de manera conjunta para mejorar el proceso de revisión y control de la financiación de las campañas”.

47 Sobre las dificultades que se han tenido para realizar las reformas necesarias a la composición y funcionamiento del CNE, puede verse la siguiente nota periodística: <https://www.elspectador.com>, “La imposible reforma al Consejo Nacional Electoral”, agosto 30 de 2018. Consultado en: <https://>

persistirán las debilidades de nuestro sistema político. Por lo tanto, no extraña que las sanciones administrativas en materia de financiación política, a pesar de que constantemente se están subvirtiendo las reglas en este ámbito, escasamente sean aplicadas⁴⁸.

En segundo lugar, el sistema de responsabilidad administrativa en materia de financiación política presenta grandes vacíos normativos. Las sanciones administrativas no cobijan diversas situaciones que perfectamente se pueden presentar en un proceso electoral, y son precisamente estos vacíos los que intentó solventar el legislador a través de los delitos de financiación ilegal de campañas políticas⁴⁹.

www.elespectador.com/noticias/politica/la-imposible-reforma-al-consejo-nacional-electoral-articulo-809294.

48 La situación anterior es acertadamente explicada por Londoño Osorio. Según este autor, en el ámbito de la financiación política en Colombia, “hay una gran profusión normativa con poca capacidad de cumplimiento. Las razones para ello son múltiples, pero sin duda el hecho de que no haya mecanismos sancionatorios reales contribuye enormemente a que los actores políticos tengan más incentivos para incumplir la norma que para cumplirla. El diseño institucional de Colombia ha alimentado esta situación en la medida que el órgano que debería cumplir las labores de vigilancia sobre el cumplimiento de la normatividad ha estado siempre controlado por los propios partidos objeto de vigilancia. Mientras esta situación persista será muy difícil, por no decir imposible que la situación cambie”. LONDOÑO OSORIO, JUAN FERNANDO, *Estudio sobre financiamiento político*, cit., pp. 178-179.

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

En otras palabras, algunos de los supuestos en los que no hay sanción administrativa aplicable son los que precisamente quedaron contenidos en los delitos tipificados en los artículos 396A, 396B y 396C y, por ende, empiezan a tener consecuencias jurídicas; particularmente, consecuencias jurídico-penales. Por ello, el legislador acude al derecho penal en aras de solventar ciertos vacíos en el ámbito jurídico administrativo. De hecho, el legislador expresamente reconoce que los tipos penales estudiados cumplirán el papel de llenar algunos de los vacíos presentes en la regulación administrativa sancionatoria⁵⁰.

para los sujetos activos del delito de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, contenido en el artículo 396A, no se prevé sanción administrativa alguna cuando no sean directivos de la organización política. Algo parecido ocurre con el delito de “violación de los topes o límites de gastos en las campañas electorales” contenido en el artículo 396B: solo cuando aquel que administra los recursos de la campaña electoral es el propio candidato o es un directivo de la organización política correspondiente, podrá ser sancionado a través del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 (cuando se trata del candidato) y a través del artículo 11 del mismo estatuto (cuando se trata del directivo) en los casos en que se violen las normas relativas a los topes de los gastos para las campañas electorales. Si se trata de una persona diferente a las mencionadas, como por ejemplo un gerente de campaña que no sea directivo del partido político, no existe sanción administrativa que se le pueda aplicar. Con relación al delito de “omisión de información del aportante”, contenido en el artículo 396C, tampoco existe sanción administrativa alguna para aquellos que hagan aportes a las campañas políticas y no efectúen los informes correspondientes, a no ser que tales aportantes que sean los mismos directivos de las organizaciones políticas o los candidatos independientes.

- 50 Así lo confirma el legislador. Según este, refiriéndose al delito propuesto de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, señala que “actualmente existen sanciones administrativas para castigar el financiamiento de las campañas electorales con fuentes prohibidas. Sin embargo, estas solo les son aplicables a los directivos de los partidos y a los partidos mismos. Así, encontramos sanciones tales como la suspensión o privación de la financiación estatal o la suspensión o privación de la personería jurídica del partido o movimiento político, pero ellas en ningún caso tocan a los máximos responsables, como lo son el gerente de la campaña y el candidato mismo”. De igual manera, refiriéndose al delito propuesto de “Violación de los límites de gastos de campañas electorales”, comenta que “si bien existen estas sanciones, estas están dirigidas, en primer lugar, a las campañas electorales y a los partidos y, solo si la falta se considera realmente grave, puede sancionarse eventualmente al candidato. Esta configuración sancionatoria, además de que no parece estar dando resultado, no incentiva adecuadamente el respeto por los límites en los gastos de campaña y sí permite que, por vía de su incumplimiento, se distorsionen gravemente las contiendas democráticas favoreciendo a aquellos candidatos con mayores recursos económicos. Por lo tanto, de manera similar al tipo penal anterior, se hace necesario que exista un reproche penal para aquel encargado de administrar directamente los recursos de las campañas que deliberadamente exceda los límites establecidos. Es por esto que surgió la necesidad de tipificar penalmente esta conducta. Los candidatos y gerentes de las campañas no tienen una responsabilidad directa por desequilibrar las contiendas electorales al permitir el financiamiento de sus campañas con fuentes prohibidas”. Cfr. Senado de la República de Colombia, *Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de Ley número 017 de 2015 de Cámara y número 125 de 2016 de Senado*, cit., pp. 12-14.

Así, siendo consciente de los defectos del derecho administrativo sancionador, y de los vacíos que lo caracterizan, creemos que, a través de los delitos objeto de estudio, lo que hizo el legislador fue ahorrarse el esfuerzo que significa realizar una reforma en donde se intentara enmendar tales carencias. Teniendo en cuenta lo anterior, no es para nada extraño que este haya acudido a la vía más fácil para intentar solventar los problemas que presenta la regulación administrativa en el ámbito de la financiación política. No solo es la vía más fácil por el trámite legislativo que se debe seguir⁵¹, sino porque no son pocas las transformaciones jurídicas que deben realizarse para que el sistema de control y responsabilidad del derecho administrativo pueda ser realmente operante, y porque en Colombia el recurso penal es un instrumento que suele darle réditos electorales a la clase política.

Sin embargo, pudiera pensarse que la inoperancia del derecho administrativo sancionador en el ámbito de la financiación política es más bien un argumento para afirmar la necesidad del recurso penal. No obstante, teniendo en cuenta los criterios que conforman el juicio de necesidad, y si se toma en serio el principio de subsidiariedad, tal argumento se torna insostenible. Es precisamente en este tipo de casos que cobra sentido la aplicación de tal juicio. Según este, el legislador, antes de acudir al recurso punitivo, primero debió haber realizado una reforma en la que se intente dotar de verdadera eficacia al derecho administrativo. E incluso, si hipotéticamente se realizasen las reformas administrativas necesarias y aun persistiesen los problemas de incumplimiento normativo en el ámbito de la financiación política, la necesidad del recurso penal aun requeriría ser evaluada, pues el mismo, aparte de su ineficacia característica, constituye el recurso más gravoso en términos de derechos fundamentales, criterio que como se explicó, también debe ser tenido en cuenta en el juicio de necesidad.

Aunque el derecho administrativo sancionador también afecta derechos fundamentales, tal afectación es, sin duda alguna, mucho menos lesiva que la producida por el poder punitivo. Actualmente, entre el abanico de sanciones disponibles por el derecho administrativo que pueden imponerse por incumplir las reglas relativas a la financiación de la política en Colombia, se encuentran: multas

51 Téngase en cuenta que el artículo 152 de la Constitución Política ordena al congreso regular aquello relativo a la organización y régimen de las organizaciones políticas a través de leyes estatutarias, y la expedición de este tipo de normas obedece a un trámite legislativo mucho más estricto. De acuerdo con lo señalado en los artículos 152 y 153 de la Constitución Política, cuando se trata de una iniciativa de ley estatutaria, la aprobación de un proyecto de ley además de que requeriría el acuerdo político de una mayoría absoluta, su trámite se surtiría en una misma legislatura. Además, el control constitucional de las leyes estatutarias es automático (y no rogado), lo cual hace posible pensar que la entrada en vigor de una de estas leyes se dificulte aún más.

cuando se trate de candidatos (art. 39 de la Ley 130 de 1994); pérdida del cargo cuando se trate del ganador de las elecciones presidenciales (art. 21 de la Ley 996 de 2005) y amonestación escrita y pública, suspensión o destitución del cargo y expulsión del partido o movimiento cuando se trate de directivos de organizaciones políticas (art. 11 de la Ley 1475 de 2011). Estas sanciones afectan, por ejemplo, el derecho fundamental a la propiedad (para el caso de las multas) o el derecho a ciertas libertades como la libertad de profesión (para el caso de la pérdida del cargo o de la destitución) o incluso la libertad general a hacer u omitir lo que cada uno quiera. Desde luego, como puede verse, tal afectación es mucho menor si se le compara con la efectuada por las penas contempladas por los delitos estudiados.

En todo caso, no sobra decir que determinar con exactitud cuál de los medios en comparación es más idóneo para alcanzar los fines perseguidos es una tarea compleja⁵², sobre todo bajo el estado de cosas actual. Por un lado, para medir la eficacia del derecho administrativo sancionador en el ámbito de la financiación ilegal de campañas políticas se precisaría que primero se realizasen las reformas pertinentes, pues es ilógico poner en consideración la eficacia de un medio aun inacabado, incompleto, que adolece de serios vacíos e imperfecciones. Por otro, dado que la vigencia de los delitos analizados es demasiado reciente, actualmente es imposible saber con certeza el grado de eficacia de este recurso⁵³.

Pero lo que sí es claro es que los delitos objeto de estudio constituyen un derecho penal accesorio al cual acude el legislador para reforzar el derecho administrativo

52 Comparar el grado de idoneidad tanto de la norma penal como de los medios alternativos requiere determinar con que intensidad se presenta la relación de causalidad positiva entre cada uno de los medios y el fin. Dicha intensidad variará dependiendo de la rapidez, la plenitud, la intensidad o la probabilidad con que el medio contribuya a la realización del fin. De acuerdo a lo anterior, debe verificarse si el medio alternativo despliega sus efectos con la misma rapidez y duración que la norma penal (perspectiva temporal); si logra abarcar todos los aspectos sobre los que la norma penal incide a la satisfacción del fin (perspectiva de la plenitud); si presenta el mismo grado de incidencia positiva para satisfacer alguno de los aspectos que involucra la satisfacción del fin (perspectiva cuantitativa) y si la norma penal enjuiciada contribuye con la misma probabilidad a la satisfacción del fin que el medio alternativo (perspectiva de la probabilidad). LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., p. 437.

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

vigente en el ámbito de la financiación de campañas electorales. Accesorio porque se construye como refuerzo de la normatividad administrativa. En estas situaciones, el derecho penal solo puede intervenir sobre la base de los controles administrativos, y si tales controles, como ocurre en el caso que nos ocupa, no funcionan, estamos entonces ante un derecho penal simbólico, destinado a ser ineficaz. De esta manera, la ineficacia del derecho administrativo se traslada al derecho penal: el *ius puniendi* se hace gregario de los controles administrativos y ha de sufrir las mismas carencias sufridos por estos.

Así, por los argumentos explicados, afirmaremos que los delitos de financiación ilegal de campañas políticas contenidos en los artículos 396A, 396B y 396C del código penal colombiano no superan el juicio de necesidad. Como explicamos, si quiere respetarse el principio de subsidiariedad, el legislador debió previamente solucionar los problemas presentes en materia de financiación ilegal de campañas políticas a través de las transformaciones normativas correspondientes al derecho administrativo y las instituciones que lo conforman. En definitiva, la aplicación del juicio de necesidad en casos como el presente, bajo los términos asumidos en este trabajo, es conveniente si se quiere evitar que el control constitucional de normas como las analizadas sea incapaz de frenar la sobrecriminalización y huida hacia el derecho penal presentes en nuestro sistema jurídico.

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

Sin embargo, más bien optaremos por concluir que es necesario declarar la inconstitucionalidad de los tipos penales en su totalidad. Recurrir a la propuesta acabada de mencionar significaría aprobar la mediocre labor que realizó el legislador al acudir al derecho penal para intentar solventar los defectos de la regulación administrativa. Ciertamente, esta no es la función que debe cumplir el *ius puniendi* en el ordenamiento jurídico; el derecho penal no debe ser el comodín del legislador para subsanar los defectos y vacíos de las demás ramas del ordenamiento jurídico. Además, con la vía aludida poco ganaría la democracia colombiana, pues las herramientas que

verdaderamente tienen la capacidad de protegerla seguirían sufriendo las carencias descritas. Lo correcto, como ya dijimos, es que el legislador realice las modificaciones pertinentes en materia administrativa, y como último recurso, cumpliendo a cabalidad con el principio de subsidiariedad, acuda al derecho penal.

En consecuencia, dado que nos encontramos ante un caso en el que razonablemente se puede inferir que el recurso penal es una medida menos idónea que el recurso alternativo⁵⁴ y, a su vez, puede afirmarse con certeza que afecta de manera más intensa derechos fundamentales, resulta injustificable la afectación que los delitos estudiados significan para los derechos fundamentales contemplados por la Constitución Política colombiana.

Por otra parte, recordemos que en el juicio de necesidad no solo nos preguntamos por los medios alternativos al derecho penal, sino que además debe dársele aplicación al juicio de necesidad de las prohibiciones, el cual, acogiendo uno de los postulados del principio de fragmentariedad, obliga a indagar si otras medidas penales alternativas menos lesivas en términos de derechos fundamentales son también idóneas para alcanzar los fines perseguidos. Sin embargo, dado que se trata de un criterio subsidiario, para el presente caso no es necesario darle desarrollo⁵⁵; este solo debe aplicarse en los casos en que se concluya que solo el *ius puniendi* tiene la capacidad de alcanzar los fines perseguidos, cosa que en el presente análisis no ocurrió⁵⁶. Además, la falta de necesidad de los delitos analizados es

54 Esto, además de lo señalado en las páginas anteriores, basado en la idea de que los sectores jurídicos no penales no solo son más eficaces en materia de protección de derechos fundamentales, sino que, incluso, pueden llegar a tener más eficacia en materia preventiva. Sucede que la falta de datos empíricos lleva a que erróneamente se presuma, por la gravedad de sus penas, la mayor eficacia del derecho penal en términos disuasorios. No obstante, tal presunción descansa sobre un razonamiento falaz. La eficacia suele tener una relación de dependencia no con la gravedad de las penas, sino con la efectividad con que las sanciones se impongan. Véase a LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, cit., pp. 479-480. Es decir, una sanción más drástica no necesariamente conlleva una mayor idoneidad, y hay buenas razones para pensar que en un contexto como el colombiano, de efectuarse las modificaciones pertinentes, el derecho administrativo sancionador puede adquirir más efectividad que el derecho penal en el ámbito de la financiación política.

55 En el caso hipotético de que se haya concluido que solo el *ius puniendi* tiene la capacidad de tutelar los bienes jurídicos perseguidos, el juicio de necesidad de las prohibiciones nos hubiera obligado a negar la necesidad de las conductas tipificadas en los delitos de “omisión de información del aportante” y de “financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas”, y por lo tanto, negar la constitucionalidad de los delitos. Esto porque el legislador tiene la posibilidad de perseguir los fines que persiguen estos tipos a través de delitos que no sean de peligro abstracto, es decir, a través de modalidades no indirectas que no impliquen un adelantamiento de las barreras de protección penal.

56 Conviene señalar que la sanción penal de conductas realizadas en el ámbito de la financiación

razón suficiente para declarar su inconveniencia constitucional y no aplicar el último juicio que conforma el principio de proporcionalidad: el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

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

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

4. Conclusiones

Luego de estudiar los delitos de financiación de campañas políticas del código penal colombiano a la luz de los criterios ofrecidos por el modelo de principio de proporcionalidad asumido, es posible extraer las siguientes conclusiones:

a) Los delitos de financiación ilegal de campañas políticas del Código penal colombiano persiguen fines legítimos: la pluralidad política, la protección de la democracia frente al poder económico y la protección de la voluntad popular. Estos son aspectos fundamentales de la democracia y no contradicen la Constitución Política colombiana.

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

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

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

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

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

Bibliografía

- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2007.
- Cámara de Representantes, *Proyecto de ley 108 de 2017. “Por medio de la cual se dictan disposiciones para promover y facilitar la denuncia de conductas de corrupción, y se adoptan medidas de protección y reparación para los denunciantes”*, Gaceta 721 de 2017. Consultado en <http://www.secretariasenado.gov.co>
- Cámara de Representantes, *Proyecto de ley 109 de 2017. “Por medio de la cual se dictan normas en materia de probidad y prevención de la corrupción”*, Gaceta 721 de 2017. Consultado es <http://www.secretariasenado.gov.co>
- Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla, *Índice Global de Impunidad 2017 (IGI-2017). Dimensiones de la impunidad global*, Puebla, México, UDLAP, 2017. Consultado en <http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017.pdf>.
- Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia de la Fundación Universidad de las Américas Puebla, *Índice Global de Impunidad (IGI-2015)*, Puebla, México, UDLAP, 2015. Consultado en http://www.udlap.mx/igi/2015/files/igi2015_ESP.pdf.
- Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 3 de marzo de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-070, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 22 de febrero de 1996.
- Corte Constitucional, Sentencia C-475, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 25 de septiembre de 1997
- Corte Constitucional, Sentencia C-392, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 22 de mayo de 2002.
- Corte Constitucional, Sentencia C-042, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 27 de enero de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia C-897, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 30 de agosto de 2005.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1153, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 11 de noviembre de 2005.
- Corte Constitucional, Sentencia C-798, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 20 de agosto de 2008.

- Corte Constitucional, Sentencia C-417, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 26 de junio de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia C-575, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de agosto de 2009.
- Corte Constitucional, Sentencia C-141, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 26 de febrero 2010.
- Corte Constitucional, Sentencia C-397, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 25 de mayo de 2010
- Corte Constitucional, Sentencia C-442, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de mayo de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia C-490, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 23 de junio de 2011.
- Corte Constitucional, Sentencia T-388, M.P. María Victoria Calle Correa, 28 de junio de 2013
- Corte Constitucional, Sentencia T-762, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 16 de marzo de 2015
- Corte Constitucional, Sentencia C-191, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 20 de abril de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-299, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 8 de junio de 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia C-091, M.P. María Victoria Calle Correa, 15 de febrero de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia T-595, M.P. Carlos Bernal Pulido, 25 de septiembre de 2017.
- Corte Constitucional, Sentencia C-290, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 26 de junio de 2019.
- DANE, *Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana 2018*, Bogotá, DANE, 2019. Consultado en <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc>.
- ESCOBAR VÉLEZ, Susana, "Los antecedentes penales como obstáculo a la reincorporación social" en Gutiérrez Quevedo, M. Y Olarte Delgado, A. M (editoras), *Política criminal y abolicionismo. Hacia una cultura restaurativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 493-528.
- ESPINOSA, JOSÉ RAFAEL, *Apuntes para una reforma a la financiación electoral en Colombia*, Bogotá, PNUD, NIMD, OEA, 2015.

<https://www.semana.com>, “Las sumas y restas de las campañas políticas”, marzo 10 de 2018. Consultado en <https://www.semana.com/nacion/articulo/campanas-politicas-2018-inversion-en-dinero/559767>.

<https://www.elcolombiano.com>, “Transparencia en campaña, ¿un imposible?”, abril 26 de 2017. Consultado en [/colombia/politica/transparencia-en-campana-un-imposible-CH6393501](https://www.elcolombiano.com/colombia/politica/transparencia-en-campana-un-imposible-CH6393501)

<https://www.eltiempo.com>, “Nueve de cada diez asesinatos en Colombia quedan impunes”, julio 18 de 2015. Consultado en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16115768>.

<https://www.elespectador.com>, “La imposible reforma al Consejo Nacional Electoral”, agosto 30 de 2018. Consultado en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/la-imposible-reforma-al-consejo-nacional-electoral-articulo-809294>.

JAVATO MARTÍN, ANTONIO MARÍA, “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP. Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado”. En *RECPC*, vol. 19, N° 26, 2017, pp. 1-41.

LONDOÑO OSORIO, JUAN FERNANDO, *Estudio sobre financiamiento político*, Bogotá, Registraduría Nacional del Estado Civil, Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales, Centro de Análisis y Asuntos Públicos (CAAP), 2018.

LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, “El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)”, en *Nuevo Foro Penal*, n°67. Medellín, Universidad Eafit, 2005, pp. 11-63.

LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

MAROTO CALATAYUD, MANUEL, *Corrupción y financiación de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Castilla La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

MARTÍNEZ BUJÁN, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

OLAIZOLA NOGALES, INÉS, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

OLAIZOLA NOGALES INÉS, “El delito de financiación ilegal de partidos políticos en la reforma del CP”, en *La Ley*, N° 8516, 2015

- PRIETO DEL PINO, ANA MARÍA, "Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad", en Becerra Muñoz, J., Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M (directores), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 273-305.
- PUENTE ABA, LUZ MARÍA, *El delito de financiación de partidos políticos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- PUYANA, RICARDO, "Las reformas políticas en Colombia, 2003-2011, ¿hacia partidos más responsables?" en Wills Otero L. y Batlle M. (compiladoras), *Política y territorio. Análisis de las elecciones subnacionales en Colombia, 2011*, Bogotá, PNUD, IDEA, NIMD, 2012, pp. 17-62.
- SAAVEDRA, VÍCTOR, "Consideraciones sobre el financiamiento de las campañas políticas", en *Fedesarrollo*, N°68, Bogotá, Fedesarrollo, 2017, pp. 1-10. Consultado en https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/3356/EyP_No_68.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ EDUARDO, "Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos", en Morillas Cueva, L. (director), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 658-689
- Senado de la República de Colombia, *Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de Ley número 017 de 2015 de Cámara y número 125 de 2016 de Senado*, Gaceta 872 de 2016. Consultado en <http://www.secretariassenado.gov.co>.
- Senado de la República de Colombia, *Proyecto de ley 16 de 2017. "Por medio de la cual se fortalecen los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública."* en Gaceta 601 de 2017. Consultado en: <http://www.secretariassenado.gov.co>
- Senado de la República de Colombia, *Proyecto de ley 47 de 2017. "Por medio del cual se adiciona el artículo 397A y se modifican los artículos 399A, 400A y 415 de la ley 599 de 2000 y los artículos 202 y 205 de la ley 906 de 2004"*, Gaceta 630 de 2017. Consultado en <http://www.secretariassenado.gov.co>
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", en *Nuevo Foro Penal*, v. 3, n. 71, Medellín, Universidad EAFIT, 2007, pp. 13-66.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO y URIBE HINCAPIÉ, ANA MARÍA, “Fundamento constitucional y alcances legales del derecho a la reintegración social del condenado” en Ramírez Barbosa, P. A, *Desafíos del derecho penal en la sociedad del siglo XXI. Libro homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, Bogotá, Temis, 2018, pp.147-188.

SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Editorial Comares, 2003.

Transparencia por Colombia, *Análisis de la financiación de las campañas legislativas en Colombia, 2014*, Bogotá, Transparencia por Colombia, 2014. Consultado en https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/Publicaciones/sistema-politico/Analisis-de-la-Financiacion-de-Campanias-Elecciones-Legislativas-2014_TPC_CEDAE.pdf

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