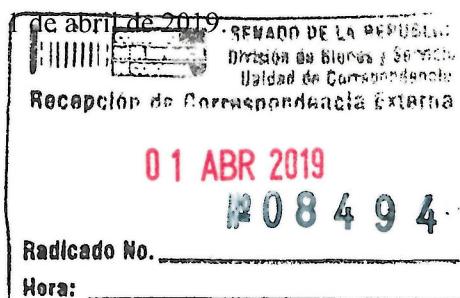


Bogotá D.C.,



Referencia: Observaciones al Proyecto de Ley 060 de 2018.

Honorable

Carlos Eduardo Enríquez Maya

Presidente de la Comisión Primera del Senado de la República

Reciba un cordial saludo del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. Nos permitimos remitir esta comunicación para presentarle a los y las honorables congresistas de la Comisión Primera del Senado de la República nuestras observaciones y comentarios al **proyecto de ley 060 de 2018**, el cual se encuentra actualmente en debate.¹ Por esto, solicitamos de manera respetuosa que se dé traslado de estas observaciones a los congresistas miembros de dicha Comisión.

En opinión de Dejusticia, el **Congreso de la República debe abstenerse de aprobar este proyecto** por tres razones:

- i) El proyecto no cumple con los principios constitucionales que gobiernan la formulación legislativa de la política criminal según la jurisprudencia constitucional, pues plantea modificaciones reactivas, excesivas, desproporcionadas y sin fundamentos empíricos en materia penal.
- ii) De ser aprobado, el proyecto tendrá como efecto el aumento del hacinamiento y agravará el estado de cosas unconstitutional del sistema penitenciario y carcelario, pues establece aumentos punitivos para los delitos de mayor impacto en la población carcelaria.
- iii) Adicionalmente, algunas propuestas contrarían principios constitucionales, tales como la presunción de inocencia y la proporcionalidad de las penas, tienen errores de técnica legislativa y utilizan de manera equivocada conceptos como el de reincidencia.

1. El proyecto de ley 060 de 2018 no cumple con los estándares constitucionales de la política criminal

En las sentencias T-388 de 2013² y T-762 del 2015³ la Corte Constitucional declaró y reiteró la existencia del estado de cosas unconstitutional en las cárceles y prisiones del país, y consideró que la causa fundamental de la crisis recae en la política criminal colombiana, dado que esta tiende al

¹ Se recuerda que en una comunicación conjunta con Elementa, Dejusticia ya presentó sus comentarios relacionados con los delitos de drogas.

² Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, MP. María Victoria Calle.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz.

endurecimiento del sistema penal y tiene errores técnicos.⁴ Por esto, los aumentos punitivos han llevado a desdibujar la proporcionalidad de las penas⁵ y han afectado la excepcionalidad de la detención preventiva.⁶

Los problemas constitucionales de la política criminal también se deben al carácter reactivo de las reformas penales frente a fenómenos de opinión pública y a que se han formulado sin fundamentos empíricos sólidos. Igualmente, la mayoría de las reformas penales han estado subordinadas y guiadas por preocupaciones de la política de seguridad y han ignorado los impactos en el sistema penitenciario.⁷ Todo lo anterior ha llevado a que entre el 2000 y la actualidad, la población carcelaria y el hacinamiento creciera de manera acelerada, como lo constata el mismo INPEC⁸ y el DNP.⁹

Según la Corte Constitucional, esta manera de formular la política criminal va en contravía de los principios constitucionales que gobiernan la facultad punitiva del Estado, además de contrariar los derechos humanos y llevar al sistema penitenciario y carcelario a su actual estado de inconstitucionalidad. Para la Corte, la política criminal debe: i) ser preventiva y no reactiva, de forma que use el derecho penal como último recurso de intervención (*ultima ratio*); ii) respetar el derecho a la libertad personal de forma estricta y reforzada, y por lo tanto, promover el uso de medidas alternativas al encarcelamiento; iii) debe buscar como fin primordial la resocialización del condenado; iv) debe usar la detención preventiva durante el proceso penal de manera excepcional; v) ser coherente; vi) estar fundamentada en evidencia empírica; vii) ser sostenible, teniendo en cuenta que los costos económicos y en derechos de la población reclusa sean razonables; y viii) proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.¹⁰

Para Dejusticia, el proyecto de ley 060 de 2018 no cumple con esos estándares constitucionales, pues padece los problemas que ha tenido la política criminal y que generaron la actual crisis. Primero, porque el proyecto de ley 060 de 2018 parte de la premisa que los aumentos punitivos (bien sea a las penas, bien sea eliminando atenuantes o creando nuevas circunstancias de agravación punitiva) tendrán un efecto disuasorio y reducirá la comisión de delitos. Sin embargo, esto ignora la evidencia empírica según la cual los aumentos punitivos no tienen un impacto disuasorio ni reducen la comisión

⁴ En palabras de la Corte, “El problema que la sala constata es el *uso excesivo y sobredimensionado de la política criminal, que impone costos sociales y económicos irrazonables y desproporcionados sobre las personas*, sin que con ello se llegue a alcanzar los logros y cometidos propuestos”. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, MP. María Victoria Calle.

⁵ Según un estudio del Ministerio de Justicia y del Derecho, desde el 2000 el Código penal ha tenido un total de 11 aumentos punitivos y 22 ampliaciones de tipos penales que ya existían en 2005, y para 2010 otros 42 aumentos punitivos y 29 ampliaciones de tipos penales. Uno de los mayores aumentos ha sido el del delito de porte ilegal de armas (800% de la pena mínima, 200% en la pena máxima) (Cita Triana & González Amado, 2017).

⁶ En materia de detención preventiva, mientras que en el año 2000 esta medida sólo procedía para el 21,9% de las conductas delictivas, en el 2016 procedía para el 61,8% (Cita Triana & González Amado, 2017).

⁷ Como lo reporta la Comisión Asesora de Política Criminal, los aumentos punitivos se han adoptado de manera apresurada para responder a coyunturas mediáticas, a la opinión pública o como forma de mostrar resultados en la lucha contra la criminalidad. Adicionalmente, esto ha implicado que la política criminal no está sustentada en bases empíricas sólidas que permitan establecer sus efectos en reducir la criminalidad (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

⁸ Ver en *El impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC 1998 – 2015* (2015).

⁹ Ver: Documento CONPES 3828 de 2015.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz.

de delitos (Nagin, 2013) – razón por la cual resulta dudoso que el proyecto de ley logre los objetivos que pretende a través del aumento de penas.

Segundo, el proyecto continúa la tendencia a incrementar el uso de la privación de la libertad como estrategia de seguridad y de “inocuización” de la persona que comete un delito, uso contrario al principio de *ultima ratio* del derecho penal y el fin resocializador que constitucionalmente debe tener la pena de prisión. De este modo, el proyecto tiene un carácter reactivo y no preventivo, y en vez de tener una finalidad resocializadora, pretende maximizar la finalidad inocuizadora de la prisión.

Tercero, el proyecto no contempla estimaciones sobre el impacto que pueden tener estos aumentos punitivos sobre el hacinamiento carcelario ni sobre los derechos de la población privada de la libertad. Como se verá más adelante, este proyecto aumenta las penas para delitos que representan un porcentaje importante de la población carcelaria, pero no tiene consideraciones sobre el aumento de costos en funcionamiento del sistema que pueden acarrear, ni tampoco los problemas de hacinamiento que generará.

Cuarto, como se verá en mayor detalle en los comentarios específicos, algunas propuestas imponen sanciones desproporcionadas, las cuales no responden a la lesividad de las conductas delictivas. De este modo, el proyecto impone penas excesivamente altas a conductas relativamente leves o que merecen atenuantes. A esto se agrega el uso antitécnico que se hace de algunos conceptos jurídicos y datos oficiales en materia de reincidencia.

Por lo anterior, para Dejusticia, el proyecto de ley 060 de 2018 no resulta acorde con los lineamientos generales de política criminal que impone la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino que replica los reiterados problemas generales de la política criminal colombiana. Por esto, consideramos que el Congreso de la República debe abstenerse de aprobar el proyecto.

2. El proyecto de ley 060 de 2018 empeorará la violación de derechos fundamentales producidas por el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario

Para Dejusticia, el proyecto de ley 060 de 2018 tendrá un impacto negativo en el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, debido al aumento sustancial en el tiempo que las personas condenadas deberán permanecer privadas de la libertad. Así, el proyecto: i) elimina atenuantes amparados en el principio de proporcionalidad para delitos contra el patrimonio, lo que haría que estos delitos reciban la pena plena; ii) utiliza la reincidencia e incluso la acusación como criterio de mayor punibilidad, lo que aumentará el promedio de las penas impuestas iii) aumenta las penas para los delitos de drogas, iv) crea nuevos delitos con penas que tienen problemas de diseño, y v) limita la aplicación de la libertad condicional y de la prisión domiciliaria luego de un cumplimiento parcial de la pena.

Como se evidencia de lo anterior, si el proyecto es aprobado en su forma actual, este incrementará las penas para delitos de gran impacto en la población carcelaria. Según el INPEC, para febrero de 2019 el delito de hurto representa el 15,0% de la población carcelaria (28.029 personas), el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes el 13,3% (24.882 personas), y la extorsión el 2,7% (5.074 personas). Por su parte, la población reincidente representó el 20,5% de la población condenada (16.331 personas reincidentes de 79.638 condenadas). Esto significa que los aumentos punitivos propuestos impactarán una parte importante de la población carcelaria, aumentando de *facto* el tiempo de privación de la libertad impuesto y agravando la situación de hacinamiento – que para febrero de

2019 era del 48,8%, es decir, una sobrepoblación de 39,186 personas en los establecimientos del orden nacional, sin contar estaciones de policía, URIs y otros centros de reclusión del país.

Para Dejusticia, el Congreso de la República debe considerar el impacto que tendrá este proyecto sobre la crisis carcelaria y la situación de los derechos de la población reclusa. Como ente encargado de la fase primaria de la política criminal, el Congreso tiene una obligación constitucional para implementar medidas dentro de su competencia que busquen superar la crisis carcelaria, y en esta medida, debe abstenerse de aprobar proyectos que la profundicen.

3. Algunas observaciones de constitucionalidad y técnica sobre propuestas específicas

- a) La eliminación de atenuantes para los delitos económicos de baja cuantía es desproporcionada.*

La propuesta de eliminación de atenuantes para los delitos de hurto agravado cometido en establecimientos públicos o medios de transporte,¹¹ hurto calificado, estafa agravada y extorsión es problemática. Actualmente, este atenuante procede cuando estos delitos son cometidos sobre una cosa cuyo valor sea inferior a 1 SMLMV, no se haya generado daño grave a la víctima y no se tengan antecedentes penales, y se fundamenta en la menor lesividad que estas circunstancias implican. Sin embargo, en el proyecto de ley no se explica cual sería el fundamento jurídico-penal para excluir estas conductas de la circunstancia atenuante, ya que su baja cuantía y el hecho de que no exista un daño grave para la víctima son características que hacen la conducta menos lesiva, y, por lo tanto, que deba recibir una pena inferior.

Por estas razones, eliminar este atenuante contraría el principio de proporcionalidad de las penas, pues resultará en la aplicación de penas plenas para delitos que generan daños leves al bien jurídico protegido (patrimonio económico), similares a las que recibirían formas más lesivas (que generan daño grave a la víctima, son de gran cuantía, etc.) de estos delitos. Si bien es cierto, como lo argumenta el proyecto, que estas conductas pueden tener un efecto negativo en la percepción de seguridad de la ciudadanía, se recuerda que esta no es una razón válida para no mantener el principio de proporcionalidad penal, y que consideraciones de seguridad no pueden contrariar los lineamientos constitucionales que deben gobernar la política criminal.

- b) El tratamiento de la reincidencia como circunstancia de mayor punibilidad y causal de exclusión de medidas alternativas al encarcelamiento viola el non bis in ídem y antitécnica.*

La propuesta que establece la reincidencia como circunstancia de mayor punibilidad presenta tres problemas. Primero, esta medida es una violación a la prohibición del *non bis in ídem*, puesto que permite que una pena por un delito determinado se aumente por un delito que ya fue castigado. Esto, en efecto, genera una doble sanción sobre un mismo hecho, lo que no sólo es irrazonable, sino que vulnera los principios constitucionales que gobiernan el derecho penal – sin contar con el impacto que tendrá en aumentar el hacinamiento y en la violación de derechos de la población carcelaria.

Segundo, esta punición adicional no contempla una relación entre la conducta previa y la conducta efectivamente sancionada, por lo que carece de una justificación criminológica o jurídico-penal. Así,

¹¹ Además, debe señalarse que la razón para excluir esta circunstancia específica del hurto agravado de la atenuante no tiene un fundamento claro, puesto que el espacio donde se comete la conducta (establecimiento público, abierto al público o en un medio de transporte) no contraría el hecho de que la conducta sea leve por otras razones (que no genere daño grave a la víctima y que sea de baja cuantía).

esta disposición permitirá que una conducta (por ejemplo, una falsedad documental) aumente el quantum punitivo de una conducta que no guarda una relación con la primera (por ejemplo, una inasistencia alimentaria). En su formulación actual, esta disposición también permitiría que una condena previa por un delito doloso (un hurto) incremente la pena de una conducta culposa, creando un incremento irrazonable en la sanción de la segunda conducta.

Tercero, esta propuesta también contempla una causal que viola el principio de presunción de inocencia, pues contempla la mera acusación en un proceso penal por delito doloso como un caso de reincidencia. Por tanto, una acusación por sí sola, sin que medie una declaración de responsabilidad penal en firme, generaría la mayor punibilidad sobre la segunda conducta sin que se haya desvirtuado la presunción de inocencia del acusado.

En último lugar, la prohibición de la libertad condicional y de la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena para casos de reincidencia es desproporcionada, además de padecer de los mismos problemas previamente anotados. Esto se debe a que carece de una justificación jurídico-penal, pues estas medidas alternativas al encarcelamiento tienen su fundamento no en la conducta cometida (y mucho menos en una conducta previa a la conducta sancionada), sino en el comportamiento, compromiso y progreso que tenga la persona privada de su libertad como producto del tratamiento penitenciario. En este sentido, resulta injustificado y contrario al fin resocializador de la pena que una medida que busca fomentar el proceso resocializador y la preparación para la libertad de la persona condenada sea prohibida en virtud de una condena que ya fue ejecutada.

- c) *Los tipos penales propuestos sobre “sexting” agrupan conductas penales de lesividad diferente bajo la misma pena.*

En materia del tipo penal de violación de la intimidad sexual, esta propuesta incluye bajo el mismo espectro de pena (entre 6 y 10 años de prisión) conductas que no guardan la misma lesividad, pues no afectan con la misma magnitud el bien jurídico tutelado. Así, este articulado establece la misma pena para la publicación, divulgación o revelación de imágenes o grabaciones audiovisuales con contenido íntimo al público en general y el mero ofrecimiento o la entrega de dichas imágenes o grabaciones a un tercero. Así, este articulado carece de una definición técnica jurídico-penal clara, pues dos vulneraciones de diferente magnitud (una divulgación general y la entrega a un tercero individual, incluyendo el mero ofrecimiento) estarían cobijadas bajo la misma pena.

Es importante señalar que el quantum punitivo exigido habilitaría para estas conductas delictivas la imposición de detención preventiva, la cual puede ser excesiva para casos de esta gravedad. Este también imposibilita de manera general la aplicación de medidas alternativas como la suspensión de la pena y, en algunos casos, la aplicación de la prisión domiciliaria.

- d) *La eliminación de la atenuante para la fuga de presos es desproporcionada e injustificada.*

Por su parte, la derogatoria de la atenuante y de la eximente de responsabilidad penal propuestos en el proyecto para el delito de fuga de presos son medidas desproporcionadas, puesto que no tienen en consideración el desistimiento propio del autor como variables relevantes para la pena, y busca habilitar la imposición de una sanción penal incluso cuando existen mecanismos sancionatorios más acordes a la lesividad de la fuga.

En primer lugar, la eliminación de este atenuante es desproporcionada porque no tiene en consideración el desistimiento voluntario en un tiempo corto luego de la fuga. Así, la pena impuesta

para la fuga de presos siempre sería la pena plena, independientemente de si fue el mismo autor quien regresa voluntariamente al centro de reclusión en un tiempo corto (actualmente, de no más de 3 meses). Esto no sólo ignora elementos subjetivos que reducen el reproche jurídico a la conducta (el desistimiento) y elementos objetivos que reducen la lesividad de la fuga (su corta duración), sino que además elimina un incentivo importante para que las personas fugadas regresen a la custodia.

En segundo lugar, esta propuesta también sigue la tendencia a expandir el uso del derecho penal, pues busca que fugas poco relevantes (las inferiores a 3 días) sean consideradas no sólo para sanciones disciplinarias, sino también como delitos que acarrearán sanciones penales. Al exigir, entonces, que fugas de corta duración y poca relevancia sean sancionadas con penas de prisión, esta medida contraría el principio de *ultima ratio* del derecho penal y el principio de lesividad.

e) Las medidas procesales sobre detención preventiva eliminan su limitación temporal.

Para finalizar, es importante señalar el potencial efecto negativo que pueden tener las modificaciones propuestas sobre el régimen de detención preventiva. En especial, consideramos que abrir la posibilidad para la imposición de detenciones preventivas concurrentes (es decir, en procesos simultáneos) puede tornar inocua la limitación temporal a la detención preventiva establecida en la Ley 1760 de 2015 y 1786 de 2016 en ciertos casos, pues permitirá que una persona dure en reclusión sin haber sido condenada un tiempo mucho mayor de lo que actualmente se permite.

Para Dejusticia, la limitación temporal a la detención preventiva fue un avance, puesto que refuerza el carácter excepcional de esta medida de aseguramiento y reduce de manera razonable la carga sobre los derechos del acusado. Debe recordarse que, según la Corte Constitucional, la detención preventiva debe ser de uso excepcional, y responder a principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.¹² También se recuerda que en el ordenamiento jurídico existen otras medidas de aseguramiento que pueden imponerse cuando la detención preventiva ha superado su duración máxima (como la caución, la detención domiciliaria, entre otras). De este modo, las leyes 1760 de 2015 y 1786 de 2016 no eliminan la posibilidad de imponer medidas de aseguramiento, sino que establecen un equilibrio razonable entre la carga que asume el procesado que es privado de su libertad durante el proceso, y la carga de la Fiscalía y la Rama Judicial de adelantar los procesos dentro de un tiempo razonable.

Sin embargo, la posibilidad de imponer detenciones preventivas concurrentes sobre el mismo acusado puede llevar a que esta garantía sea eliminada, toda vez que un mismo procesado podrá durar, sin condena, períodos sucesivos de 1 año privado de su libertad- incluso cuando existen otras medidas de aseguramiento que pueden ser utilizadas cuando los procesos concurrentes duran más de uno o dos años. Así, una persona podría durar privada de su libertad más de 3 o 4 años por procesos penales simultáneos, sin que en ninguno de ellos se haya dictado sentencia, la cual puede ser absolutoria. Por lo anterior, esta propuesta no sólo es regresiva y excesiva, sino que puede llevar a un aumento del tiempo que las personas detenidas pasan en reclusión a la espera de la finalización del proceso, en desmedro de su presunción de inocencia y de la situación humanitaria de las cárceles del país.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-327 del 10 de julio de 1997, MP. Fabio Morón Díaz.

Esperamos que estos argumentos contribuyan a una discusión legislativa informada y respetuosa de los derechos y garantías constitucionales de todas las personas.

Dejusticia agradece la atención brindada.

Atentamente,



Vivian Newman Pont

Directora

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia.



Referencias

Cita Triana, R., & González Amado, I. (2017). *La proporcionalidad en las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá D.C.

INPEC. (2015). *Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC 1998-2015*. Bogotá: INPEC.

Nagin, D. (2013). Deterrence in the Twenty-First Century. *Crime and Justice*, 42(1), 199-263.