

CERTIFICADOAl responder cite este número
OFI15-0025871-DCP-3200

Bogotá D.C., martes, 13 de octubre de 2015

Secretaria General
Amparo Yaneth Calderón Perdomo
Comisión Primera Constitucional
Congreso de la Republica
Carrera 7 No. 8-68
La Ciudad.**Asunto:** Concepto Consejo Superior de Política Criminal – Proyecto de Ley 017 de 2015 Cámara (Delitos Electorales).

Respetada Secretaria General Calderón,

De manera atenta me permito enviarle el Concepto del Consejo Superior de Política Criminal aprobado en sesión virtual de octubre de 2015 al Proyecto de Ley 017 de 2015 Cámara (Delitos Electorales).

De igual forma, agradezco remitir el respectivo concepto a los autores, ponentes y demás integrantes de la Comisión, así como su publicación en el respectivo orden del día a efectos del conocimiento y aporte al proceso del trámite legislativo.

Cordialmente,

**Marcela Abadía Cubillos**
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaria Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Anexos: Concepto Consejo Superior de Política Criminal - Proyecto de Ley 017 de 2015 Cámara (Delitos Electorales) en cinco (05) folios.

Elaboró: Andrés Felipe Bernal Blanco 
Revisó y Aprobó: Marcela Abadía Cubillos

TRD – 3200 – 720 - 72

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

12 x 12

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 017 de 2015 Cámara, “mediante el cual se modifica la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática”

Proyecto de Ley No. 017 de 2015 Cámara	
Autores	Representantes Tatiana Cabello Flórez, Carlos Alberto Cuero Valencia, Pierre Eugenio García Jacquier, Esperanza María de los Ángeles Pinzón de Jiménez, Álvaro Hernán Prada Artunduaga, Ciro Alejandro Ramírez Cortes, Margarita María Restrepo Arango, y Edward David Rodríguez Rodríguez. Senador Alfredo Ramos Maya.
Fecha de Radicación	21 de julio de 2015
Estado Actual	Pendiente ponencia para primer debate

1. Objeto del Proyecto de Ley

De acuerdo con el texto del proyecto de ley, este tiene como propósito fortalecer la persecución de los delitos electorales, haciendo especial énfasis en tres elementos: el incremento de la capacidad de respuesta del sistema judicial frente al fenómeno criminal que afecta a los mecanismos de participación democrática en el país, la ampliación de las sanciones penales de algunos delitos establecidos en el título XIV del código penal, Ley 599 de 2000; y, finalmente, el fortalecimiento del reproche judicial, al establecer sanciones ejemplares para la corrupción electoral que, entre otras, ha desembocado en prácticas que mercantilizan la contratación estatal y alteran seriamente la voluntad popular que se manifiesta en los ejercicios democráticos de los certámenes electorales.

2. Contenido del Proyecto de Ley

El proyecto de ley se compone 16 artículos en los que se presentan las tres estrategias para desarrollar el objetivo de persecución de los delitos electorales. Entre los artículos 1 y 12 se proponen reformas a la legislación penal colombiana para la creación de nuevos tipos penales y la modificación de los ya existentes en el título XIV de la Ley 599 de 2000. Los artículos 13 y 14 establecen modificaciones al código electoral, decreto 2241 de 1986. El artículo 15 pone en cabeza de los jueces penales del circuito especializado el conocimiento de los delitos electorales. Finalmente, en el artículo 16 se establece la fórmula de derogatoria y vigencia.

En relación con el código penal, el proyecto de ley plantea:

—Modificar el delito de perturbación de certamen democrático, artículo 386 de la Ley 599 de 2000, adicionando nuevos elementos al tipo y aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de constreñimiento al sufragante, artículo 387 de la Ley 599 de 2000, adicionando nuevos elementos al tipo y aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de fraude al sufragante, artículo 388 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de fraude de inscripción de cédulas, artículo 388 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de corrupción al sufragante, artículo 390 de la Ley 599 de 2000, que aumenta las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Creación de un nuevo delito, artículo 390-A, de corrupción al proceso electoral.

—Modificar el delito de voto fraudulento, artículo 391 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de favorecimiento de voto fraudulento, artículo 392 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de mora en la entrega de documentos relacionados con una votación, artículo 393 de la Ley 599 de 2000, adicionando nuevos elementos al tipo y aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de alteración de resultados electorales, artículo 394 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

—Modificar el delito de ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula, artículo 395 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas-

—Modificar el delito de denegación de inscripción, artículo 396 de la Ley 599 de 2000, aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.

3. Observaciones Político-criminales al Proyecto de Ley No. 017 de 2015 Cámara, “mediante el cual se modifica la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática”

Luego del análisis y la discusión respectiva, el Consejo Superior de Política Criminal considera que entre la descripción del fenómeno criminal desarrollada en la exposición de motivos y las propuestas para solucionarlo hay una distancia que hacen de estas últimas una estrategia político-criminal inconveniente.

Siguiendo la lógica que se desprende de las consideraciones hechas en el texto del proyecto de ley, la mejora de la deficiente capacidad del sistema judicial para conocer, investigar y juzgar los delitos que vulneran y manipulan los mecanismos de participación democrática en nuestro país, así como la búsqueda de una mayor transparencia y respeto por los procedimientos democráticos a través de los cuales se manifiesta la voluntad popular, son dos propósitos que no se alcanzarán a través del recurso al aumento de penas y de la expresividad del castigo estatal.

Además de lo anterior, la propuesta del proyecto de ley en cuanto el aumento de las penas para los delitos que afectan los mecanismos de participación democrática es, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, desproporcionada y puede tener un efecto contrario al que se le confía a la estrategia.

El aumento de las penas, considerado en sí mismo, produce grandes expectativas de justicia en la sociedad, porque por medio de ese acto se envía el mensaje de que las autoridades judiciales se encargarán de manera más seria y comprometida en relación con el problema criminal objeto de preocupación, pero en cuanto corre el tiempo y el mismo fenómeno delictivo sigue siendo difícil de judicializar, la frustración de la expectativa se manifiesta en una profunda desconfianza de la ciudadanía en las autoridades judiciales y también en el mismo régimen político.

Es, en suma, una cuestión de enfoque: intentar mejorar la eficacia de las instituciones haciendo más severo el castigo penal, en lugar de mejorarlas, puede comprometer la legitimidad de las mismas; más bien, es preciso intervenir para mejorar la eficacia de la administración de justicia penal con acciones concretas que, antes de cambiarlo, permitan aplicar lo existente. Así, antes de cambiarlo por algo nuevo, es necesario buscar los mecanismos para hacer efectivo lo que existe, de lo contrario, la novedad corre el riesgo de tener la misma suerte de su antecedente.

Para desarrollar lo anterior con referencia al proyecto de ley, a continuación se presentan dos comentarios específicos que, a modo de sugerencia a los legisladores en el marco de la discusión democrática, pueden brindar elementos para desarrollar una estrategia político-criminal efectiva para la protección de los mecanismos de participación democrática en nuestro país: (i) el recurso penal y su manifiesta desproporción en el presente caso y (ii) la necesidad de mejorar las instituciones existentes.

3.1. *El protagonismo del aumento de penas y su manifiesta desproporción en el proyecto de ley No. 017 de 2015 Cámara*

El presente proyecto de ley es una clara expresión de una tendencia a legislar a partir del incremento punitivo. Para el Consejo Superior de Política Criminal la tendencia de legislar a partir del incremento punitivo no aumenta la capacidad del sistema penal para enfrentarse al fenómeno criminal. Las normas penales en la criminalización primaria, como determinación abstracta de una pena, funcionan, más que como amenazas, como advertencias que informan a la ciudadanía de la forma en que reaccionaría el Estado al momento de la infracción, procurando que ello sirva como una razón que las personas deberían tomar en consideración al momento de desplegar su comportamiento.

En cuanto a la criminalización secundaria, las penas tienen importancia, tanto en los mecanismos de negociación en el proceso penal, como en la determinación concreta de la sanción por parte del juez cuando una persona sea hallada penalmente responsable, lo cual, en la criminalización terciaria, condicionaría el tiempo de permanencia de la persona condenada en el sistema penitenciario, cuando sea del caso.

En estos tres momentos de la criminalización, la relación de la eficacia del sistema penal, tanto para evitar la comisión de delitos, como para desplegar la persecución penal, con la estrategia del incremento punitivo, no depende exclusivamente de la pena en sí misma: en la criminalización primaria, por más alta que sea sanción penal, se requiere que la percepción de la severidad del castigo esté vinculada con una percepción de la certeza de su aplicación; en la criminalización secundaria, del mismo modo, la eficacia de la persecución judicial se concentra más en la capacidad de los fiscales y jueces para administrar justicia que en la consideración de la severidad del castigo; por último, en la criminalización terciaria la eficacia de la sanción penal está más ligada al éxito del tratamiento penitenciario, cuando sea el caso de una privación de la libertad intramuros.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, la propuesta de fortalecer la respuesta del sistema penal por la

vía del endurecimiento punitivo, además de resultar equivocada, en el caso concreto es desproporcionada.

Tabla 1. Comparación penas mínimas y máximas

DELITO	Vigente		Proyecto	
	Mín	Máx	Mín	Máx
Perturbación de certamen democrático (386)	4	9	8	11
Constreñimiento al sufragante (387)	4	9	10	12
Constreñimiento al sufragante (cometido por servidor público) (387)	5,3	13,5	13,3	18
Fraude al sufragante (388)	4	9	8	11
Fraude en inscripción de cédulas (389)	4	9	8	11
Corrupción de sufragante (390)	4	7,5	8	11
Corrupción de sufragante que acepta (390 vigente y 390A nuevo)	1,3	3	8	11
Corrupción de sufragante (cometido por servidor público) (390)	5,3	11,2	10,6	16,5
Voto fraudulento (391)	4	8	8	11
Favorecimiento de voto fraudulento (392)	4	8	8	11
Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación (393)	1,3	4,5	8	11
Alteración de resultados electorales (394)	4	8	8	11
Alteración de resultados electorales (cometido por servidor público)(394)	5,3	12	10,6	16,5
Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (395)	4	8	8	11
Denegación de inscripción (396)	1,3	4,5	8	11

Fuente: elaboración propia

De acuerdo con la tabla 1, el proyecto de ley propone para los delitos existentes elevar las penas, de tal manera que la nueva sanción mínima sea casi igual al tope máximo vigente en unos casos. Del mismo modo, se propone una reacción penal igual a todos los tipos penales que se reforman, inclusive para los casos de tipos penales que en la actualidad tienen una reacción menor, como es el caso de los delitos establecidos en los artículos 393 y 396.

Esta situación indica que el legislador consideraría que la variedad de manifestaciones criminales que afectan a los mecanismos de participación democrática tienen casi que el mismo reproche penal, independientemente de las razones que motivaron la diferenciación de la respuesta estatal que se manifiesta en tipos penales distintos.

En casos de aumentos punitivos que aumentan las penas, el Consejo Superior de Política Criminal comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia, que puede formularse en los siguientes términos, a modo de *regla democrática de ampliación punitiva*: en los casos de aumentos de penas posteriores a la criminalización inicial, la argumentación del legislador debe estar dirigida a demostrar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la adición en la restricción de la libertad personal de los ciudadanos; debatir y argumentar, en últimas, por qué no sirve la fijación actual y por qué ha de ser aumentada, de tal modo que en el

Derecho penal de un Estado democrático no haya márgenes de castigo carentes de justificación.

En palabras de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Aplicando lo hasta ahora expuesto al concreto momento de fijación legislativa de la pena, *en eventos de incrementos punitivos posteriores a la tipificación inicial*, para la Sala es claro que la agravación de la consecuencia penal establecida en un primer momento en la creación del tipo, requiere un análisis de proporcionalidad independiente y regido por parámetros diversos a los aplicados al nacimiento de la respectiva disposición normativa.

En efecto, tratándose de la modificación de la norma jurídico penal para incrementar los límites de su componente sancionatorio, el aumento de pena, *en sí mismo*, representa una *medida* de política criminal que, además de impactar negativamente el derecho fundamental a la libertad personal, implica una *adición* a las valoraciones concernientes a la correlación entre la gravedad del delito y la pena.

Ese *plus* de ninguna manera podría estar cobijado por los fundamentos legitimantes de la creación originaria del tipo penal. No. Tal *aditamento*, por cuyo medio se intensifica la incidencia negativa en los derechos fundamentales, reclama legitimidad desde la óptica del principio de proporcionalidad; lo contrario devendría en arbitrariedad legislativa, por cuanto se admitiría la existencia de márgenes de castigo carente de justificación, emanado de la simple voluntad del legislador.¹

Con lo anterior, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, se presentan suficientes elementos para que el legislador reconsidere la estrategia de fortalecer la persecución de los delitos que afectan los mecanismos de participación democrática a partir del incremento punitivo.

3.2. *Sobre la necesidad de mejorar las instituciones existentes*

Por otro lado, considerando que el proyecto de ley aumenta las penas de los delitos electorales en orden de mejorar la protección a los mecanismos de participación democrática, el Consejo Superior de Política Criminal encuentra que es más recomendable buscar la manera de mejorar las estrategias de persecución penal, como por ejemplo las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación. Con ello, más que aumentar de manera general las penas para para todas las hipótesis delictivas de manera indiferenciada, se necesita mejorar la institucionalidad existente para que la persecución de los fenómenos criminales sea más eficaz.

Basta revisar el número de personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios y tener en mente las cifras de comisión delictiva que relacionan en

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2013. MP. José Leonidas Bustos Martínez, R. 33254.

la exposición de motivos para poder notar que, más que una carencia de severidad punitiva, existe un déficit en la persecución judicial de los fenómenos criminales, lo cual se puede enfrentar de una manera más afortunada a partir de coordinación institucional y una efectiva aplicación de las normas penales vigentes.

Tabla 2. Personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios por infracciones penales contra los mecanismos de participación democrática.

DELITOS CONTRA LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA	HOMBRES		MUJERES		TOTAL
	Sind.	Cond.	Sind.	Cond.	
Perturbación de certamen democrático (386)	1	1	0	0	2
Constreñimiento al sufragante (387)	1	1	0	0	2
Fraude al sufragante (388)	0	0	0	0	0
Fraude en inscripción de cédulas (389)	0	0	0	0	0
Corrupción de sufragante (390)	0	1	0	0	1
Voto fraudulento (391)	1	0	0	0	1
Favorecimiento de voto fraudulento (392)	0	0	0	0	0
Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación (393)	0	0	0	0	0
Alteración de resultados electorales (394)	3	0	0	0	3
Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (395)	2	0	0	0	2
Denegación de inscripción (396)	0	0	0	0	0
GRAN TOTAL	8	3	0	0	11

Elaboración propia con información del SISIEPEC

Como se puede notar en la tabla 2, el número de personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios actualmente es mínimo y nada permite deducir que con el aumento punitivo el procesamiento de las conductas penales será más eficiente. Por ello, insiste este Consejo, el enfoque de la estrategia de política criminal más adecuado es el de procurar una mayor efectividad de la persecución penal, antes de ampliar los márgenes de punición.

En relación con el fortalecimiento de las instituciones existentes para la persecución penal de los delitos que afectan los mecanismos de participación democrática, para el Consejo Superior de Política Criminal resulta también importante llamar la atención sobre la reforma de la competencia de los jueces penales. En esta oportunidad, el proyecto de ley bajo examen, a través de su artículo 15, reforma el artículo 35 de la ley 906 de 2004 con el fin de incluir en el ámbito de conocimiento de los jueces penales de circuito especializado de los delitos electorales.

Sobre este particular, es recomendable que antes de hacer este tipo de transferencias se considere tanto la gravedad y la complejidad de los casos, como

la naturaleza de la competencia de este tipo de jueces porque, en el mismo sentido de los aumentos punitivos, no hay una razón *prima facie* que permita indicar que tal cambio garantice una mejora en la administración de justicia.

4. Adenda: Observaciones del Consejo Superior de Política Criminal al borrador para primera ponencia en la Cámara de Representantes

De acuerdo al artículo 167 de la Ley 65 de 1993, modificado por la Ley 1709 de 2014, y en virtud de lo establecido en el decreto 2055 de 2015 “Por el cual se reglamenta el Consejo Superior de Política Criminal, su funcionamiento y todos los asuntos relacionados con las demás instancias”, le corresponde al Consejo Superior de Política Criminal presentar concepto previo no vinculante sobre todos los proyectos de Ley y de acto legislativo que en materia penal cursan en el Congreso de la República.

La Honorable Representante Clara Rojas en atención a su designación como coordinadora ponente de la iniciativa en estudio y mediante comunicación 863/2015 radicada bajo EXT15-0040454 ante la Secretaria Técnica del Consejo Superior de Política Criminal, solicitó que se rindiera concepto frente al Proyecto de Ley 017 de 2015 publicado en la gaceta del Congreso No. 115 de 2015, y adicional a esto, a unas modificaciones previas a rendir ponencia para primer debate anexas como *borrador de ponencia para primer debate*.

El Consejo Superior de Política Criminal, a la luz de la norma, no tiene dentro de sus funciones emitir concepto sobre textos en calidad de borrador, por el contrario, debe hacerlo sobre aquellos que, manteniendo el principio de publicidad como un elemento esencial del principio deliberativo en el trámite legislativo², se encuentren debidamente publicados en la gaceta del Congreso.

No obstante y aprovechando la oportunidad en la que se examina este proyecto, se presentan unos breves comentarios en relación con el texto, sin perjuicio de establecer que la práctica de emitir conceptos en relación con textos en calidad de borrador podría verse reflejado como una intromisión en el debate legislativo en cada una de sus etapas y por consiguiente, afectar la potestad de configuración del legislador en materia penal³, aun cuando sus conceptos no tienen un carácter vinculante.

² Inciso 5 del artículo 2 de la Ley 1431 de 2011 y Sentencias C-179-02, C-760-01.

³ Sentencia C-420 del 2002 reiterada en la Sentencia C-355 del 2006.

“(D)ebe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión

En ese sentido, el Consejo Superior de Política Criminal reitera su papel como un organismo colegiado de carácter consultivo y asesor en la implementación de la política criminal del Estado.

Ahora bien, en relación con la propuesta de borrador para primera ponencia y la creación de tipos penales (artículos 1 a 12 del texto), los argumentos presentados en la sección anterior son perfectamente aplicables. Aunque hay ligeras modificaciones en los marcos punitivos y la incorporación de un nuevo tipo bajo la denominación de "tráfico de votos" (reemplazando en el proyecto de ley la propuesta del nuevo tipo de corrupción al proceso electoral), en opinión del Consejo la propuesta político-criminal sigue siendo la misma, que busca mayor efectividad de la persecución penal a través de aumentos punitivos.

De otro lado, el Consejo quiere resaltar ante los legisladores el contenido del artículo 14 del texto. En éste se impone la obligación preparar una "Política Criminal Electoral" en los siguientes términos:

El Ministerio de Justicia en coordinación con la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Registraduría Nacional del Estado Civil, Consejo Nacional Electoral, Fiscalía General de la Nación, definiría en un término no mayor a un (1) año la Política Criminal Electoral, a partir de que entre en vigencia la presente Ley.

Parágrafo: con el fin de ejercer seguimiento correspondiente el Ministerio de Justicia enviará un informe trimestral al Honorable Congreso de la República, en el que se presenten los avances de la Política Criminal adoptada

En relación con ese nuevo artículo presente en el texto comentado, el Consejo Superior de Política Criminal recomienda excluir de una eventual regulación normativa una obligación planteada en esos términos.

La razón principal de ello consiste en que la creación legal de planes de política criminal sectorizados puede generar una mayor complejidad en los esfuerzos del Estado colombiano por racionalizar la política criminal del país, así como por buscar una mayor coordinación y articulación de todos los actores que participan en el diseño, ejecución y evaluación de este tipo de políticas.

de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

En lugar de ello, actualmente el Ministerio de Justicia y del Derecho adelanta el diseño de un documento CONPES de política criminal con el que se espera, entre otras cosas, sentar las bases para la formulación futura de los planes de política criminal; razón por la cual es recomendable formular, en primer lugar, una matriz de acciones de política y de principios de acción que informen las estrategias político criminales por venir, en lugar de diversos planes de política criminal sectorizados y, además, antecedidos por reformas penales basadas en aumentos punitivos, como es caso del proyecto de ley examinado.

5. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera que el enfoque de política criminal basado en el aumento punitivo que trae consigo el proyecto de proyecto de Ley No. 017 de 2015 Cámara es inconveniente para enfrentar los fenómenos criminales que vulneran los mecanismos de participación democrática.

Por ello, recomienda en esta oportunidad (i) la revisión del enfoque propuesto, de tal manera que se tenga en cuenta en primer lugar una estrategia de fortalecer la persecución penal en sede de la criminalización secundaria, más que en la primaria, y, (ii) en el caso del aumento de las penas, considerar en el marco de la discusión legislativa la sugerencia de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en esta ocasión por este Consejo, de una *regla democrática de ampliación punitiva*, para que en los casos de aumentos de penas posteriores a la criminalización primaria inicial, el legislador debata y argumente por qué no sirve la fijación actual y por qué ha de ser aumentada, de tal modo que en el Derecho penal de un Estado democrático no haya márgenes de castigo carentes de justificación.

Elaboró: Ricardo Antonio Cita Triana, Andrés Felipe Bernal/Ministerio de Justicia y del Derecho

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL