**INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE**

Doctor

**ALFREDO DELUQUE**

Presidente Comisión Primera

H. Cámara de Representantes

**E.S.M.**

**Referencia:** Informe de ponencia para SEGUNDO Debate del Proyecto de Ley 215 de 2019 Cámara **“Mediante el cual se modifica el tratamiento penal de los delitos que atentan contra el patrimonio económico, se prioriza a la víctima de conductas delictivas, y se establecen medidas para la disuasión a la reincidencia criminal y su rápida constitución”**

Respetado señor Presidente:

De conformidad con la designación que me ha hecho la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, presento la ponencia para SEGUNDO Debate del Proyecto de Ley 215 de 2019 Cámara **“Mediante el cual se modifica el tratamiento penal de los delitos que atentan contra el patrimonio económico, se prioriza a la víctima de conductas delictivas, y se establecen medidas para la disuasión a la reincidencia criminal y su rápida constitución”**

1. **Trámite del proyecto de ley**

El proyecto de Ley 215 de 2019-C fue radicado el 2 de septiembre de 2019 por el Representante Edward David Rodríguez Rodríguez del partido Centro Democrático. La designación de ponentes para primer debate se hizo el 25 de septiembre de 2019 y fueron designados los Representantes Edward Rodríguez, Nilton Córdoba, Jorge Méndez, Jorge Burgos, Buenaventura León, Luis Alberto Albán y Juanita Goebertus.

La ponencia para primer debate se radicó el 23 de noviembre de 2019 y el primer debate se dio el 01 de junio de 2020.

En el debate en la Comisión Primera surgieron múltiples inquietudes frente al Proyecto de Ley 215 de 2019, pues tenía muchos problemas de técnica legislativa y de falta de pertinencia entre las medidas propuestas y el objetivo del proyecto. En vista de esta situación y de que las proposiciones presentadas no fueron incluidas, me aparto del proyecto.

La designación de ponentes para el segundo debate se hizo el 24 de junio de 2020 y fueron designados los Representantes Edward Rodríguez, Nilton Córdoba, Jorge Méndez, Jorge Burgos, Buenaventura León, Inti Asprilla, Luis Alberto Albán, Germán Navas Talero y Ángela María Robledo Gómez.

1. **Consideraciones sobre el proyecto de ley**

La presente ponencia se referirá a los siguientes aspectos por los cuales se considera que el Proyecto de Ley 215 de 2019 debe archivarse: (i) un diagnóstico errado de los problemas de persecución y judicialización de conductas criminales; (ii) poca claridad en la pertinencia de las medidas propuestas para reducir la reincidencia; y (iii) necesidad de una reforma integral al sistema penal colombiano.

* 1. **El diagnóstico frente a la persecución y judicialización de delitos**

En la justificación del proyecto el autor señala que:

“El proyecto de ley nace de la necesidad de hacer de la jurisdicción penal un medio retributivo eficaz, esto quiere decir que la sanción debe centrarse por un lado en su cumplimiento completo y efectivo, situación que se contrasta con el modo de operar del proceso penal, ya que debido a los principios de celeridad, colaboración y delación se ha sustituido la eficacia de la pena por diversos subrogados penales que no solo contribuyen a la inefectividad de la sanción, sino que en delitos de alto impacto ciudadano, terminan por desincentivar la denuncia, bajar los niveles de confianza en la justicia, aumentar la percepción de inseguridad y fallar de plano con el fin disuasivo de la pena”.

Esta afirmación da cuenta de que se mezclan aspectos que deben analizarse por separado y entre los cuales no existe, necesariamente, una relación de causalidad. En primer lugar, al señalar como único fin de la sanción la retribución, se desconocen los otros fines de la pena, a saber “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” (art. 4 Ley 599 de 2000); estos componentes también hacen parte del cumplimiento efectivo de la pena, pues en un sistema penal de corte más humanista, como exige la Constitución que sea el nuestro, el condenado debe poder rehacer su proyecto de vida y debe ser tratado con dignidad.

En segundo lugar, señala que la baja efectividad de la sanción se debe a que los principios de celeridad, colaboración y delación hacen que se sustituya la pena por subrogados penales; el principal error en esto es pensar que los subrogados penales equivalen a la extinción de la pena o de la responsabilidad de los condenados. Esa visión, contrario a lo que señala el proyecto que rechaza el populismo punitivo, defiende una aproximación que conduce a asumir que la única sanción efectiva es la privación de la libertad en establecimiento carcelario, sin consideraciones sobre la peligrosidad del condenado o su situación familiar. Asimismo, desconoce que como parte de una política carcelaria razonable y respetuosa de los derechos humanos, acudir a los subrogados penales es una respuesta constitucionalmente válida, pues permite ponderar los intereses en tensión: el deber de sancionar, el derecho de las víctimas de acceder a la justicia, y el derecho del condenado a ser tratado con dignidad. Asimismo, si lo que busca es fortalecer la cárcel como disuasión, la evidencia también muestra que solo es así para ciertas personas; según la Fundación Ideas para la Paz “[e]l encarcelamiento tiene efectos inmediatos en los infractores violentos, pero su impacto es bastante limitado para disuadir a delincuentes vinculados a mercados ilegales. La cárcel no tiene el mismo efecto para todos los delitos e individuos. En el caso de hurtos y trafico y venta de estupefacientes —considerados delitos que responden a una demanda especifica—, los incentivos permanecen.”

Sumado a lo anterior, frente a la reincidencia el autor en el debate en Comisión Primera señaló que el proyecto era una suerte de Ley de los Tres Strikes. Primero cabe anotar que no es nada de eso, esa medida implementada en varios Estados en Estados Unidos desde 1994 “otorga una pena entre 25 años y cadena perpetua a aquellas personas que cometieran previamente dos delitos, uno de los cuales tiene que haber sido violento o cuya pena supere los 25 años”[[1]](#footnote-1). La premisa de esa norma es que el encarcelamiento (o la amenaza de encarcelamiento prolongado) reduce la reincidencia; sin embargo “[l]os estudios concluyen, de manera general, que esta ley no ha tenido los efectos esperados sobre la tasa de criminalidad, especialmente si se compara con lo que ocurre en aquellos estados que no implementan la normativa.” Por ejemplo, afirma la FIP, “[a]lgunos estados que no adoptaron la ley, como Nueva York, disminuyeron más su índice de criminalidad que aquellos que sí la implementaron, como California. En Nueva York, el índice de encarcelamiento disminuyó en 5.7% frente al aumento que tuvo California, de 17.7%”. En consecuencia, incluso si el proyecto de ley fuera un tipo de ley de los tres strikes -que no lo es-, no hay evidencia concluyente sobre su efecto disuasivo en la reincidencia y la reducción de la criminalidad, al menos no como única medida.

Tercero, afirma que hay una relación de causalidad entre los subrogados penales y las bajas denuncias. En este aspecto, se desconoce que los obstáculos de acceso a la justicia penal se deben a muchos factores, entre los que no se encuentran los subrogados penales. Se ha documentado que, por ejemplo, la revictimización que padecen las víctimas es un aspecto que desincentiva las denuncias, asimismo los costos económicos y de oportunidad de involucrarse en un proceso penal, y otros asociados a barreras institucionales como la poca oferta o las demoras en la atención. Cosa distinta es afirmar que un desincentivo para denunciar es la baja confianza en as instituciones que administran justicia, lo que requiere otro tipo de medidas para aumentar la efectividad, por tanto, la confianza, como el fortalecimiento del aparato de investigación técnica judicial, o la simplificación de los procedimientos. Pero concluir que los subrogados penales hacen parte de la causa es atribuirles un alcance que no tienen.

Cuarto, incluir las delaciones en un paquete que no es claro qué está diagnosticando también es un problema. Los incentivos de contribución a la justicia son constitucionales porque permiten hacer un uso razonable del poder punitivo del Estado, como parte de su política criminal. Si dentro de las decisiones de persecución criminal está, por ejemplo, desarticular una red criminal, es no sólo obvio sino necesario crear incentivos para que los eslabones más bajos aporten información que permita perseguir a los que se encuentran en lugares más altos de la estructura. Esto se relaciona con, por un lado, hacer un uso eficiente de los recursos disponibles para la persecución, y, por otra parte, con la constatación de que de nada sirve perseguir a individuos que no van a permitir desarticular redes más grandes, pues la red continua en plena operación. Asimismo, al igual que el punto anterior, no es claro tampoco cómo la delación afecta la efectividad de la sanción y mucho menos, cómo desincentiva las denuncias.

En consecuencia, de la justificación no es claro qué pretende el proyecto; ¿incentivar las denuncias? ¿aumentar la confianza? ¿crear penas más disuasivas? El diagnóstico es equivocado, pues el objetivo no es claro y, como señalaré a continuación, las medidas son inocuas y, en el mejor de los casos, poco conducentes.

* 1. **Las medidas propuestas en el proyecto de ley**

El proyecto de ley propone tres medidas, (i) la reducción de la sanción por aceptación de cargos, (ii) la improcedencia de subrogados penales cuando ocurre el supuesto señalado en (i); y (iii) una reducción de la sanción menos benéfica en los casos de reincidencia. Las tres medidas únicamente proceden para los delitos de lesiones personales cuya incapacidad médico legal no supere los treinta (30) días, con deformidad física transitoria, perturbación funcional transitoria y perturbación psíquica transitoria, hurto calificado, abigeato y abigeato agravado. Como se ha señalado previamente, estas medidas adolecen de dos problemas, principalmente; por una parte, no guardan coherencia con el sistema penal por lo que su aplicación sería, cuanto menos, confusa; y, por otro lado, no crea incentivos reales para desincentivar la reincidencia y para fomentar la justicia restaurativa.

En primer lugar, el proyecto de ley desconoce el funcionamiento del proceso penal pues incluye cláusulas que son inaplicables. Por ejemplo, cuando señala en el artículo 1 que “cuando la persona, en la formulación de imputación, acepte libre, consiente y voluntariamente su responsabilidad en lo ocurrido, el juez competente impondrá una pena de máximo el 15% de la establecida y multa en los casos que esté establecida como pena principal, luego de dosificarla según las reglas vigentes en el Código Penal.” No es claro a qué se refiere por 15% de la establecida, ¿se refiere al máximo posible de la pena prevista? ¿se refiere a una reducción una vez se haya fijado la condena en la etapa de juicio oral? Esto no es únicamente un problema semántico, tiene un impacto directo en la forma como deben actuar los operadores judiciales y en vista de su imprecisión puede generar problemas procesales. Este mismo problema se refleja en el artículo 4.

Adicionalmente, desconoce los momentos y actores procesales. Al referirse en el artículo 1 al “juez competente” en la etapa de imputación desconoce que el único juez en ese momento es el juez en función de control de garantías que no tiene la competencia de establecer sanciones, pues eso le corresponde al juez de conocimiento en la fase de juicio oral. Asimismo, en el artículo 5 donde señala la oportunidad para acogerse al mecanismo del artículo 1 señala que “al primer contacto con el fiscal de la causa”, esto desconoce que antes de la imputación no es posible hablar de que exista un proceso penal, pues la persona investigada no ha sido vinculada como parte.

En segundo lugar, el proyecto de ley es redundante e inocuo procesalmente pues no es claro si es una figura nueva o si hace parte de las que ya existen en el sistema penal. No es claro que sea una de las que ya existen, porque habla de negociación, pero no es consistente con la figura de preacuerdos y negociaciones contenida en el artículo 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Los preacuerdos y negociaciones son más claros en precisar la oportunidad procesal, la competencia de los operadores judiciales y las consecuencias; tampoco es claro porqué no se refieren a esta figura (si consideran que requiere alguna modificación) además teniendo en cuenta que dentro de sus fines se incluyen los señalados en el proyecto de ley; al respecto señala el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 como fines de los preacuerdos y negociaciones: “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso”.

Además de ser redundante frente a los preacuerdos y las negociaciones previstos en la Ley 906 de 2004, es un proyecto inocuo, pues hay tres figuras procesales en el sistema penal que pueden lograr el fin de reparar a las víctimas, creando mejores incentivos para los procesados, o que ofrecen mejores condiciones que las propuestas en el proyecto de ley:

La suspensión de procedimiento a prueba (causal 7) para la aplicación del principio de oportunidad: en esta figura la persona debe reparar a la víctima y la consecuencia, si cumple, no es una sanción menor, sino la renuncia a la persecución penal.

En el procedimiento abreviado de la ley 1826 de 2017 (que procede para los delitos que contiene el proyecto, salvo por abigeato) establece en el artículo 24 la extinción de la acción penal si se aplican medidas de justicia restaurativa.

Los subrogados penales: Frente a los delitos de lesiones personales (todas las variaciones incluidas) proceden los subrogados penales, por tanto, es mejor para un condenado no acogerse al mecanismo y solicitar la aplicación de algún subrogado en el caso de cumplir con las condiciones.

Sumado a lo anterior, el estándar de reparación previsto en el proyecto de ley, además de ser desproporcionado y no estar justificada la forma de fijar la reparación, desconoce que ya hay un modelo de tasación de perjuicios previsto en la Ley Penal (arts. 94 y 97 Ley 599 de 2000) y que de acuerdo con los principios penales y constitucionales la sanción y la reparación debe ser proporcional. En consecuencia, la medida del artículo 2 que señala que la reparación puede ser de hasta 3 veces el valor del daño material es desproporcionada e inconstitucional.

Otro aspecto que es incoherente con la ley penal tiene que ver con la procedencia de los subrogados penales. Por una parte, además de ser incoherentes con una política carcelaria razonable y humana, desconoce que los subrogados no son premios, sino que responden a formas de humanizar el ejercicio de la acción penal teniendo en cuenta la peligrosidad del condenado, pues a menor peligrosidad, menos sentido tiene usar uso del mayor poder penal del Estado, la privación de la libertad en establecimiento carcelario. Por otra parte, desconoce que en el artículo 68A de la Ley 599 de 200 establece las exclusiones a la procedencia de los subrogados penales donde ya se incluyen las conductas objeto del proyecto de ley, salvo las lesiones personales; asimismo, la Ley Penal ya prevé la improcedencia de los subrogados para los reincidentes (condenados por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores). Adicional a lo anterior, es importante señalar que la reducción de la pena no es un subrogado penal y que el cumplimiento efectivo de la sanción no es contrario a la reducción de las penas por trabajo o estudio, pues un fin de la sanción penal también es la resocialización.

En gracia de discusión, si las medidas sirvieran para reducir la reincidencia, el proyecto tampoco generaría mayor impacto, pues el conjunto de delitos incluido en el proyecto de ley no tiene en cuenta los delitos con mayor reincidencia. De acuerdo con una investigación de la Fundación Ideas para la Paz, “[s]egún lo registrado por Fiscalía, los seis delitos de mayor reincidencia son, en su orden, el hurto (28%); la fabricación y porte de armas (16%); delitos relacionados con drogas (13,5%); la violencia intrafamiliar (7%); las lesiones persona- les (7%), y los homicidios (6%).”[[2]](#footnote-2) De esa lista, únicamente dos delitos -hurto y lesiones- están en el proyecto de ley.

Además del poco impacto en los delitos con mayor reincidencia, las medidas para desincentivarla no deben enfocarse exclusivamente en la sanción, sino que debe tenerse en cuenta la prevención, la efectividad en la investigación criminal y el juzgamiento, y la fase de pos-pena.

Finalmente, genera dudas el efecto que pueda generar el artículo 6 del proyecto que propone que “el juez de control de garantías fijará fianza expresada en cantidad líquida de dinero, para que el procesado pueda llevar el proceso en libertad hasta la condena o absolución”, en cuanto al derecho a la igualdad y la libertad, esto en cuanto que puede convertirse en una medida discriminatoria para las personas que no cuentan con los recursos económicos para poder pagar una fianza y adelantar su defensa desde la libertad. Esta medida vuelve a colocar la medida de prisión preventiva como la regla y no la excepción para las personas que no tienen recursos económicos, y se puede convertir en un privilegio para quienes si tiene ingresos suficientes.

* 1. **Necesidad de una reforma integral al sistema penal colombiano.**

Adicional a los elementos concretos que se han cuestionado del proyecto de ley que se pone a consideración del Congreso de la República, es importante también mencionar un elemento estructural que reviste una importancia mayor para justificar la presente ponencia, esto es la necesidad de la construcción de una reforma integral al sistema penal. Desde la entrada de en vigencia del Sistema Penal Acusatorio mediante el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y el Código Penal (Ley 599 del 2000), “se puede señalar que se intentó construir un derecho penal sustantivo más acorde con el modelo de Estado social y democrático de derecho, haciendo énfasis en el carácter de ultima ratio del derecho penal a través del principio de necesidad, de la exigencia de la verificación de un desvalor de resultado como requisito de la existencia de una conducta punible observable en la lesión a bienes jurídicos, y finalmente, con la exclusión del derecho penal de autor transgresor de principios constitucionales como la presunción de inocencia, el debido proceso y la igualdad. No obstante, una cosa es lo que prometen las reformas legales y otra la cruda realidad, pues las viejas y enquistadas prácticas de los operadores jurídicos se perpetúan con las vulneraciones de garantías penales que llevan consigo”[[3]](#footnote-3). Además, el Congreso de la República ha venido adelantando modificaciones y reformas que adolecen de un norte claro y han esto más sustentadas en afanes coyunturales y un populismo punitivo, lo cual ha generado mayores problemas en vez de resolver temas como la reincidencia, hacinamiento carcelario, finalidad de la pena, resocialización, celeridad procesal.

Adicional a lo anterior, en la estructura del sistema penal colombiano se ha insertado la idea de eficientísimo como variable para evaluar su pertinencia. “Claramente la eficiencia es un criterio de análisis que proviene de la cultura anglosajona, según la cual, el mundo político y jurídico se debe construir bajo la premisa del mayor beneficio para la mayor cantidad de ciudadanos. Bajo esta visión utilitarista, la eficacia fue entendida de forma rápida y equivocada, como la producción masiva de privaciones de la libertad; criterio con el que aún son evaluados los fiscales”[[4]](#footnote-4). Es pues donde nuevamente parece reducirse el derecho penal a la privación de la libertad y no a las otras orbitas que resultan necesarias para estructurar una política criminal acorde al Estado Social de Derecho.

Por lo cual, es necesario que, en vez de estar pensando en medidas aisladas, se plantee una discusión necesaria para el país, en el cual se tenga en cuenta elementos que superen la idea errónea de la privación de la libertad como finalidad de la pena, sino que se pongan elementos estructurales que permitan hacer del Derecho Penal algo efectivo. Por lo cual resultaría por lo menos necesario abordar los siguientes elementos:

1. Antes de la reincidencia énfasis en la prevención: Menciona la Fundación Ideas para la Paz que “(e)n este punto los esfuerzos se dirigen a disminuir los múltiples factores de riesgo ligados a la reincidencia y a fortalecer los de protección, generando capacidades especificas que faciliten la inclusión económica y social, así́ como cambios de comportamiento. Esta fase comprende medidas ligadas a la prevención social y situacional —que tienden a intervenir el espacio físico para volverlo más seguro—, así́ como la prevención de conductas problemáticas relacionadas con el delito y la reincidencia”[[5]](#footnote-5). Con lo anterior, es importante primero hacer un énfasis en que la cárcel no sea un lugar de castigo y exclusión social, sino de resocialización que parta del principio de la Dignidad Humana. Pero, además, debe existir un esfuerzo del Estado por una verdadera política de prevención del delito. Ha quedado demostrado que la pena no es un elemento disuasorio y mucho menos preventivo del delito, implica entonces un esfuerzo institucional para la atención preventiva desde los factores de riesgo.
2. Investigación, imputación y juzgamiento: “Este punto está directamente vinculado al control y la disuasión del delito. Lo anterior incluye la denuncia por parte del ciudadano, así́ como la recolección del material probatorio, las evidencias necesarias para la captura e imputación (si es el caso), y la generación de una sentencia proporcional al delito.” El proyecto parece concentrarse en esta fase sin tener en cuenta que deben implementarse medidas para incentivar las denuncias (por ejemplo, reduciendo los costos que implica denunciar), fortalecer la capacidad de investigación (mediante mayores recursos y estrategias de priorización efectivas) y mejorar la capacidad de proferir decisiones por parte de los jueces. Pero además, el proyecto sigu
3. Sentencia y ejecución de la condena: “Este momento incluye varios objetivos: disuadir la comisión de delitos, restablecer la confianza en la justicia y la vigencia de la norma, evitar que el delincuente vuelva a violar la ley (especialmente en el caso de los delitos graves) y la resocialización”[[6]](#footnote-6). Como se muestra, no es importante únicamente que el condenado cumpla la sanción, sino que se brinden las alternativas para que pueda construir un proyecto de vida digno para que no vuelva a cometer delitos. Dentro de la ejecución de penas existe además los problemas de creación de normas que elevan continuamente las penas y nuevos delitos, igual que propuestas normativas que han querido limitar las alternativas a la privación de la libertad. “Este es, pues, el principal problema que atraviesa la fase de ejecución de la pena; aunado a la existencia de una cultura punitivista que hace parte de las ideologías judiciales en Colombia y que es reforzada47 a través de los medios de comunicación”[[7]](#footnote-7).
4. Post-pena: “La evidencia señala que retornar a la comunidad de manera paulatina y supervisada permite alcanzar mejores resultados en la disminución de la reincidencia delictiva. Por una parte, se trata de reducir los efectos del encarcelamiento (como la perdida de pertenencias, desconexión con la familia, problemas de salud, reforzamiento de patrones que favorecen la criminalidad y daño en las redes sociales); por otra, de habilitar condiciones mínimas que mitiguen riesgos (como alojamiento, trabajo digno y acceso a tratamiento en el caso de uso problemático de sustancias psicoactivas). Para esto resulta clave la aceptación y el involucramiento de la comunidad y la participación del sector privado, que puede tener un papel fundamental ofreciendo empleos a los ex presidiarios”[[8]](#footnote-8).
5. **Proposición**

Por las consideraciones expuestas solicito a la Plenaria de la Cámara de Representantes **ARCHIVAR** el Proyecto de Ley 215 de 2019- Cámara “Mediante el cual se modifica el tratamiento penal de los delitos que atentan contra el patrimonio económico, se prioriza a la víctima de conductas delictivas, y se establecen medidas para la disuasión a la reincidencia criminal y su rápida constitución”

Cordialmente,

**H.R. ÁNGELA MARÍA ROBLEDO H.R. INTI ASPRILLA**

**PONENTE PONENTE**

**LUIS ALBERTO ALBÁN**

**PONENTE**

1. GARZÓN, Juan Carlos LLORENTE, María V. SUÁREZ, Manuela. ¿Qué hacer con la reincidencia delincuencial? El problema y las soluciones. Fundación Ideas para Paz. 2018. Disponible en línea <http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5ae0ab974baff.pdf> Pág. 22 [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibíd, pág. 12 [↑](#footnote-ref-2)
3. BAYONA M, Diana. GÓMEZ J. Alejandro. MEJÍA G, Mateo. OSPINA V, Víctor. DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA. Acta Sociológica Volume 72, January–April 2017, Pages 71-94. Disponible en línea <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300257> [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibíd. [↑](#footnote-ref-4)
5. GARZÓN, Juan Carlos LLORENTE, María V. SUÁREZ, Manuela. Op. Pág. 27 [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibíd., pág. 29 [↑](#footnote-ref-6)
7. BAYONA M, Diana. GÓMEZ J. Alejandro. MEJÍA G, Mateo. OSPINA V, Víctor. DIAGNÓSTICO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA. Op. Cit. [↑](#footnote-ref-7)
8. GARZÓN, Juan Carlos LLORENTE, María V. SUÁREZ, Manuela. Op. Pág. Ibíd., pág. 30 [↑](#footnote-ref-8)