

Bogotá, 20 de noviembre de 2020

Honorable Representante a la Cámara  
**Dr. Kike Cabrales**  
Congreso de la República  
E. S. M.

---

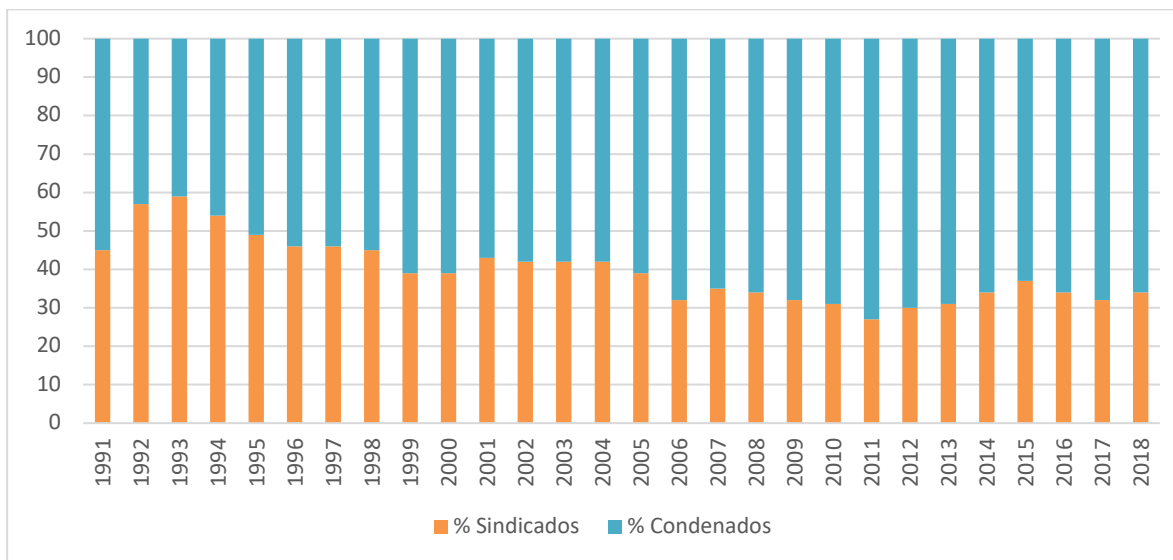
Ref.: Concepto sobre el Proyecto de Ley 161 de 2020  
Cámara: “Por medio de la cual se establece la fianza dentro  
del Procedimiento Penal colombiano y se dictan otras  
disposiciones contra el hacinamiento carcelario y  
penitenciario”.

Por medio de la presente nos permitimos rendir concepto sobre el Proyecto *Ley 161 de 2020*  
*Cámara: “Por medio de la cual se establece la fianza dentro del Procedimiento Penal*  
*colombiano y se dictan otras disposiciones contra el hacinamiento carcelario y*  
*penitenciario”* –en adelante, el Proyecto–. En primer lugar, quisiéramos señalar que el Grupo  
de Prisiones de la Universidad de los Andes celebra las iniciativas legislativas que busquen  
reducir la detención preventiva y el hacinamiento carcelario como problemas crónicos e  
interrelacionados en Colombia. Sin embargo, después de una detallada lectura del Proyecto,  
consideramos que la medida propuesta no es la más óptima o idónea para alcanzar estos fines.  
Para justificar esta postura, resulta pertinente realizar las siguientes apreciaciones sobre el  
mismo:

1.El Grupo de Prisiones considera que es cierto que los problemas de hacinamiento están  
íntimamente ligados a un uso excesivo de la detención preventiva intramural. Para visualizar

mejor este punto, hemos creado el siguiente gráfico, en el que se muestra que entre 1990 y 2018 un promedio de 39,6% personas privadas de la libertad son sindicadas.

**Gráfico No. 1. Porcentaje de personas privadas de la libertad sindicadas**



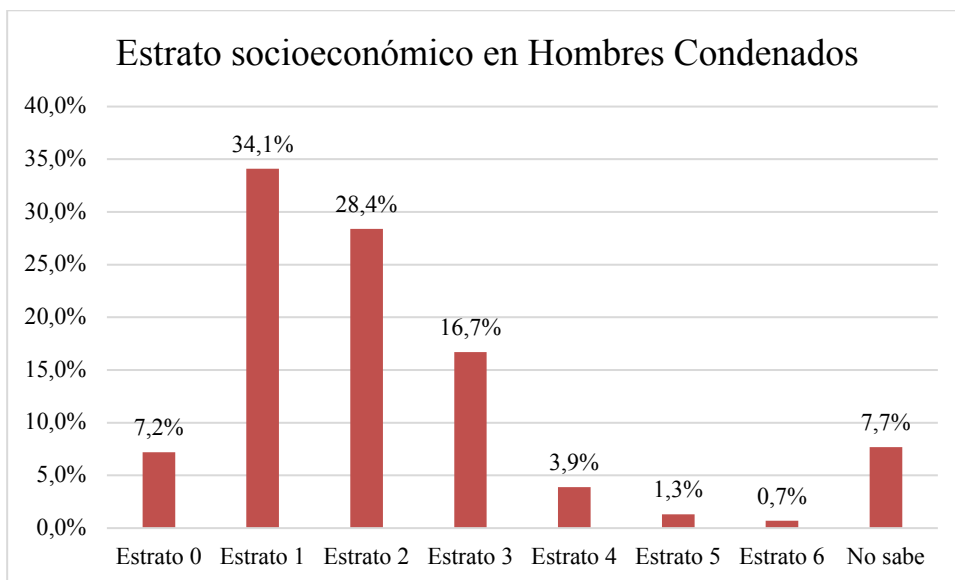
Fuentes: INPEC. Elaboración propia

2. A pesar de que resulta imperativo reducir la imposición de medidas de aseguramiento intramurales, un mecanismo como la fianza sería tan solo un privilegio al que podrían acceder unos pocos, ya que esta solo beneficiaría a aquellas personas con suficiente poder adquisitivo para cubrir la totalidad de la suma estipulada. De acuerdo con las cifras actuales, una amplia mayoría de las personas privadas de la libertad no podría acceder a este mecanismo. Esto se puede evidenciar en el Informe de Caracterización y Perfilación de la Población Condenada y Privada de la Libertad en los centros de Reclusión del INPEC desarrollada en el 2011<sup>1</sup>, el cual identificó que en la distribución socioeconómica de la población penitenciaria predominan los estratos 1, 2 y 3 con el 79.4% del total. Para visualizar mejor este punto es

<sup>1</sup> INPEC, Ministerio de Justicia y del Derecho. Caracterización y perfilación criminológica y penitenciaria de la población condenada y privada de la libertad en los centros de reclusión del INPEC: Propuesta para el direccionamiento del tratamiento penitenciario en Colombia. Bogotá. 2012.

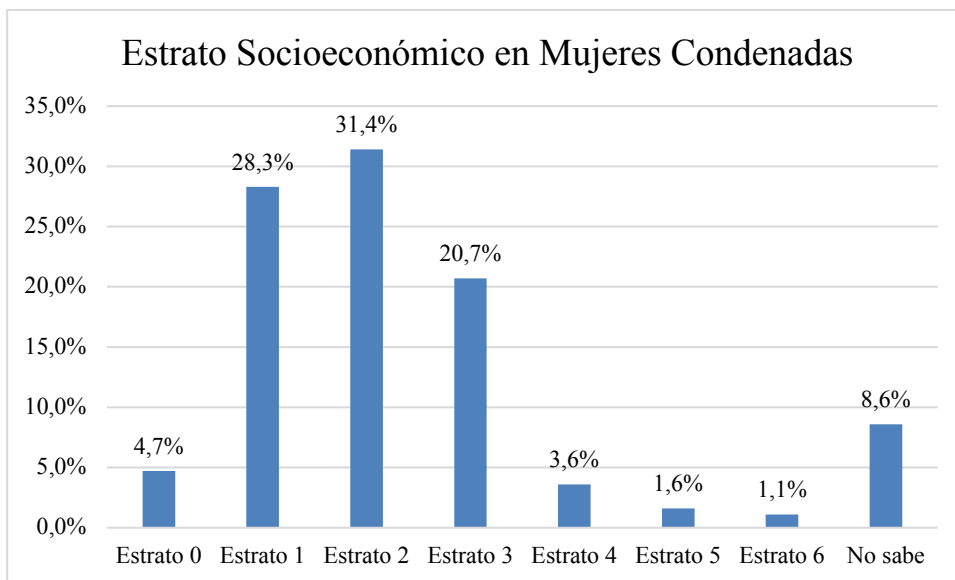
posible traer a colación los gráficos elaborados por el INPEC en el informe previamente mencionado, segregado por género:

**Gráfica 2. Estrato Socioeconómico en hombres Condenados**



Fuentes: INPEC. Elaboración propia

**Gráfica 3. Estrato Socioeconómico en Mujeres Condenadas**



Fuentes: INPEC. Elaboración propia

3. En este contexto, a lo que se suma que las personas reincidentes no podrán acceder a esta figura, es posible evidenciar que: (i) las medidas tomadas para enfrentar el hacinamiento no tendrían un gran impacto cuantitativo, y (ii) que el escaso efecto que tendría recaería injustificadamente en aquellos internos que, habiendo cometido los mismos punibles que los demás, tengan mayor capacidad económica. Adicionalmente, el Proyecto no se basa en un diagnóstico profundo de las condiciones de las cárceles y las prisiones del país y, justamente por ello, no propone soluciones concretas y vinculantes que puedan ser seguidas con base en indicadores reales y tangibles que permitan la trazabilidad y efectividad de las medidas tomadas.

4. El Proyecto establece que el dinero obtenido en las fianzas deberá ser utilizado para mitigar el hacinamiento carcelario que afecta a las personas privadas de la libertad. No obstante, no se establece ningún criterio sobre cómo será utilizado este dinero, qué autoridad competente será la encargada de administrar estos recursos, ni en qué rubros serán invertidos los dineros obtenidos por las fianzas. Desafortunadamente, la experiencia en nuestro país nos ha enseñado que esta indeterminación crea incentivos para que estos dineros no sean ejecutados o sean malgastados en contratos de construcción carcelaria que poco aportan a la solución de la crisis estructural del sistema.

5. Sobre este mismo tema, el Proyecto menciona la existencia de problemas de financiación e infraestructura del sistema. Sin embargo, los problemas que aquejan al sistema carcelario y penitenciario actual son mucho más profundos de lo que se esboza en el Proyecto. Efectivamente hay problemas de financiación y de infraestructura, pero estos surgen por la implementación de una política criminal represiva y reactiva que usa de manera excesiva la prisión y la detención preventiva, aplicándola incluso cuando legal y jurisprudencialmente se ha establecido que estas medidas deberían ser excepcionales.

6. De acuerdo con el artículo 3 del Proyecto, se establece un procedimiento para acceder a la fianza en los siguientes términos:

“El juez de control de garantías, previa imposición de la medida de aseguramiento establecida con ocasión al numeral 3° del presente artículo, y atendiendo las políticas públicas tendientes a mitigar el hacinamiento carcelario y/o penitenciario, podrá imponer fianza al imputado solo respecto a aquellos delitos que describan multa, y su cuantía será la mínima estipulada en el respectivo tipo penal. La fianza solo procederá frente a procesados que no tengan antecedentes penales.

No procederá la fianza frente a: delitos contra la vida y la integridad personal, salvo lesiones personales; delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad individual y otras garantías; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; el delito de extorsión; el delito de estafa; delitos contra la protección de la información y de los datos; delitos contra la fe pública; el delito de lavado de activos; el delito de soborno transnacional; el delito de enriquecimiento ilícito de particulares; delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; delitos contra la seguridad pública; delitos dolosos contra la administración pública; delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia; delitos contra el régimen constitucional y legal. Tampoco procederá sobre alguno de los delitos descritos en el inciso segundo del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 y el parágrafo del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. (subrayado fuera de texto).

Luego de un análisis detallado por parte del Grupo de Prisiones, en el que tratamos de medir el impacto que tendría el presente Proyecto, encontramos que, por el listado de exclusiones objetivas del procedimiento de fianza, una gran mayoría de las conductas contenidas en el Código Penal quedan excluidas, lo que reduce de manera significativa la aplicabilidad y eficacia de la medida.

7. Con respecto al articulado en su conjunto, consideramos que se debe mejorar sustancialmente la técnica legislativa con la cual se detallan procedimientos para superar la crisis del sistema penitenciario. Por ejemplo, en el artículo 4 del Proyecto se establece que “El Gobierno Nacional, dispondrá las políticas públicas de Estado y apropiaciones presupuestales necesarias dentro de los diez (10) años siguientes a la expedición de la presente ley, con la finalidad de mitigar el hacinamiento carcelario y/o penitenciario en el

que se encuentran personas privadas de la libertad.” Como puede verse, no se detalla la forma como se usarían los recursos ni se establece cómo las apropiaciones presupuestales pueden garantizar una mitigación efectiva del hacinamiento penitenciario. Además, más allá del hacinamiento en sí mismo, existen otros problemas graves en el sistema penitenciario que deben ser atendidos de inmediato, tales como mejorar las capacidades del INPEC para custodiar, vigilar o brindar el tratamiento penitenciario a las personas privadas de la libertad, o como asegurar una prestación adecuada de servicios en salud física y mental.

8. Como hemos señalado, la falta de precisión también afecta otras partes del Proyecto. Así, por ejemplo, se menciona que: “podrá imponer fianza al imputado solo respecto a aquellos delitos que describan multa”. Esta imprecisión podría hacer incierta la eventual aplicación de la norma, pues no se entiende muy bien si a la fianza únicamente podrán acceder quienes hayan cometido delitos cuya única pena principal sea la de multa o si, por el contrario, esta figura también aplicaría para aquellos que hayan cometido punibles en que la pena de multa está acompañada de una pena privativa de la libertad.

9. Aparte de los señalados problemas de imprecisión y vaguedad del Proyecto, es posible encontrar una repetición constante y desarticulada de los mismos delitos que se encuentran excluidos de este beneficio con base en diferentes criterios. Por ejemplo, se encuentran aquellos que contemplan pena de multa, los excluidos por el artículo 68A CP, el artículo 314 de la Ley 906 de 2004 y la lista de delitos incluida en el Proyecto.

10. Enfocándonos en otro punto del Proyecto, es importante recordar que este también establece la creación de colonias agrícolas. Esta es una modificación al Código Penitenciario y Carcelario que, aunque quizá sea útil, no toma en cuenta que, en realidad, para construir una colonia agrícola, no es necesario realizar esta modificación legal, pues los problemas al momento de proyectar y construir cárceles han estado más relacionados con las deficiencias en la planeación y el manejo de recursos por parte de la USPEC.

11. El Proyecto propone una mesa técnica de superación de la crisis carcelaria que tiene una estructura similar a la ya existente en el Comité Técnico de Política Criminal, la cual, hasta el momento, ha resultado ampliamente insuficiente para lograr superar la crisis carcelaria a pesar de las numerosas reuniones y decisiones técnicas que ha adoptado este Comité.

12. Por otro lado, es posible evidenciar la duplicidad innecesaria de organismos y funciones que contiene el Proyecto al proponer la conformación de un Comité Técnico cuando ya existe el Consejo Superior de Política Criminal y el Comité Técnico de Política Criminal. Aunque el Proyecto menciona que el Comité Técnico emitirá conceptos “vinculantes”, no se establecen consecuencias concretas en caso de no cumplirse con dichos conceptos, por lo que no sería posible afirmar o evidenciar su carácter vinculante.

13. Por último, el artículo 6 del Proyecto no establece ninguna obligación particular que no se encuentre ya en el ordenamiento, o que no haya sido ordenada por la Corte Constitucional en sentencias como la T-388 de 2013 o la T-762 de 2015, además de los respectivos autos de seguimiento, de manera que no aporta nada significativo a la solución de la crisis carcelaria.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Iturralde', written in a cursive style.

Manuel Iturralde

Director del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes



Debates Comisión Primera <debatescomisionprimera@camara.gov.co>

---

## REMISIÓN INVITACIÓN AUDIENCIA PÚBLICA REMOTA.

---

**Despacho Fiscal** <despacho.fiscal@fiscalia.gov.co>

19 de noviembre de 2020 a las 22:56

Para: Debates Comisión Primera <debatescomisionprimera@camara.gov.co>

Doctora

**AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO**

**Secretaria Comisión Primera Constitucional**

**Cámara de Representantes**

Respetada doctora Amparo Yaneth:

En nombre del Fiscal General de la Nación agradecemos sinceramente la invitación a participar en la Audiencia Pública Remota sobre el proyecto de Ley No. 161 de 2020 Cámara, "Por medio del cual se establece la Fianza dentro del Procedimiento Penal Colombiano y se dictan otras disposiciones contra el hacinamiento carcelario y penitenciario", que se llevará a cabo el 20 de noviembre de 2020.

El Señor Fiscal General se ve en la obligación de excusarse toda vez que la audiencia pública coincidió con un evento programado en su agenda previamente.

Cordial saludo,

Despacho Fiscal General de la Nación

Teléfono 5803814 ext. 13516 - 13518

Fiscalía General de la Nación

Diagonal 22 B No. 52-01-112021-Bloque C Piso 5º Nivel Central



Cuidemos del medio ambiente. Por favor no imprima este e-mail si no es necesario.

[Texto citado oculto]



**NOTA DE CONFIDENCIALIDAD:** Este documento es propiedad de la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia, y puede contener información privilegiada, confidencial o sensible. Por tanto, usar esta información y sus anexos para propósitos ajenos al ejercicio propio de las funciones de la Cámara de Representantes, divulgarla a personas a las cuales no se encuentre destinado este correo o reproducirla total o parcialmente, se encuentra prohibido por la legislación vigente. La Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia, no asumirá responsabilidad ni su institucionalidad se verá comprometida si la información, opiniones o criterios contenidos en este correo que no están directamente relacionados con los mandatos constitucionales que le fueron asignados. Las opiniones que contenga este mensaje son exclusivas de su autor. El acceso al contenido de este correo electrónico por cualquier otra persona diferente al destinatario no está autorizado por la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravié, destruya, intercepte, controle o impida esta comunicación, antes de llegar a su destinatario, estará sujeto a las sanciones penales correspondientes. Los servidores públicos que reciban este mensaje están obligados a asegurar y mantener la confidencialidad de la información en él contenida y en general, a cumplir con los deberes de custodia, cuidado, manejo y demás previstos en el estatuto disciplinario. Si por error recibe este mensaje, le solicitamos enviarlo de vuelta a la Cámara de Representantes del congreso de la República de Colombia a la dirección del emisor y borrarlo de sus archivos electrónicos o destruirlo. El receptor deberá verificar posibles virus informáticos que tenga el correo o cualquier anexo a él, razón por la cual la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia no aceptará responsabilidad alguna por daños causados por cualquier virus transmitido en este correo.

**NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN:** Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. **NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN:** Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

Bogotá, 19 de noviembre de 2020

10-1147-20

Doctor

**LUIS ALBERTO ALBÁN URBANO**

Representante a la Cámara

[luis.alban@camara.gov.co](mailto:luis.alban@camara.gov.co)

Doctora

**AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO**

Secretaria Comisión Primera Constitucional

[debatescomisionprimera@camara.gov.co](mailto:debatescomisionprimera@camara.gov.co)

Bogotá, D. C.,

**Asunto:** Invitación Audiencia Pública sobre PL 161 de 2020 C.

Respetados doctores,

En nombre del señor Defensor del Pueblo, doctor Carlos Camargo Assis, agradezco la Invitación Audiencia Pública sobre PL 161 de 2020 C, programada de manera virtual para el 20 de noviembre de la presente anualidad, a partir de las 10:00 a.m.

Para la fecha del evento, el señor Defensor del Pueblo se encontrará cumpliendo compromisos previamente agendados y confirmados, motivo por el cual ofrece disculpas por la no asistencia.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la importancia que la temática reviste, se designa al doctor Luis Andrés Fajardo Arturo, Vicedefensor del Pueblo y la doctora Diana Margarita Silva Londoño, Defensoría Delegada para la Política Criminal Penitenciaria, para que participe en la sesión mencionada anteriormente. Sus correos electrónicos son: [lufajardo@defensoria.gov.co](mailto:lufajardo@defensoria.gov.co) y [diasilva@defensoria.gov.co](mailto:diasilva@defensoria.gov.co)

Cordialmente,



**NELSON FELIPE VIVES CALLE**  
Secretario Privado

Copia: Doctor Luis Andrés Fajardo Arturo, Vicedefensor del Pueblo  
Doctora Diana Margarita Silva Londoño, Defensoría Delegada para la Política Criminal Penitenciaria

Tramitado y proyectado por Carolina Quitian 18/11/2020

Revisado: Nelson Felipe Vives Calle - Secretario Privado 18/11/2020

Quienes tramitamos, proyectamos y revisamos declaramos el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.



Debates Comisión Primera <debatescomisionprimera@camara.gov.co>

---

## Asistencia Procuraduría General de la Nación a audiencia pública remota del 20 de noviembre a las 10:00 a.m.

---

**Secretaria Privada** <secretariaprivada@procuraduria.gov.co> 19 de noviembre de 2020 a las 11:47  
Para: "debates comisión primera (debatescomisionprimera@camara.gov.co)" <debatescomisionprimera@camara.gov.co>, "comision.primer@camara.gov.co" <comision.primer@camara.gov.co>, "luis.alban@camara.gov.co" <luis.alban@camara.gov.co>  
CC: Sergio Frank Dominguez Prada <sdominguez@procuraduria.gov.co>, "tatismoreno7@gmail.com" <tatismoreno7@gmail.com>

Doctora

**AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO**

Secretaria Comisión Primera Constitucional

Cámara de Representantes

Ciudad

Asunto: Invitación audiencia pública remota del 20 de noviembre a las 10:00 a.m.

Respetada doctora Amparo Yaneth:

Por instrucción de la doctora Mónica María Neiza Castiblanco, Secretaria Privada del Despacho del Procurador General de la Nación, le informo que el señor Procurador no podrá asistir a la audiencia pública remota del próximo 20 de noviembre, que tratará sobre el Proyecto de Ley No. 161 de 2020 Cámara "Por medio de la cual se establece la Fianza dentro del Procedimiento Penal Colombiano y se dictan otras disposiciones contra el hacinamiento carcelario y penitenciario", en razón de los compromisos que como Jefe del Ministerio Público adquirió de manera previa.

No obstante, y dada la importancia del tema, asistirá como observador el doctor Sergio Frank Domínguez, asesor de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos.

Datos de la audiencia remota:

Fecha: 20 de noviembre de 2020

Hora: 10:00 a.m.

Medio: Plataforma Hangouts meet

ID: <https://meet.google.com/cby-gxzuekx>

El correo electrónico de contacto del doctor Sergio Frank Domínguez es [sdominguez@procuraduria.gov.co](mailto:sdominguez@procuraduria.gov.co)

Cordialmente,



**Juan Manuel Morales Daza**

Tecnico Criminalistica Gr19

Despacho Procurador General

[jmmorales@procuraduria.gov.co](mailto:jmmorales@procuraduria.gov.co)

PBX: +57(1) 587-8750 Ext IP: 12445

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

[Cra. 5ª. # 15 - 80, Bogotá D.C.](#), Cód. postal 110321



Bogotá D.C., 19 de noviembre de 2020

Doctora  
**AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO**  
Secretaria Comisión Primera de la Cámara de  
Representantes  
Carrera 7 No. 8 - 68 Oficina 238B  
amparocalderonp@yahoo.es  
Bogotá D.C.



Contraseña:5RTqA9wRKl

**Asunto:** Excusa y Delegación Audiencia Pública Remota.

Respetada Doctora Amparo Calderón:

Cordial Saludo,

De la manera más atenta me dirijo a usted con el fin de excusarme por no poder asistir a la invitación a la Audiencia Pública Remota Proyecto de Ley No. 161 de 2020 Cámara "*Por medio de la cual se establece la Fianza dentro del Procedimiento Penal Colombiano y se dictan otras disposiciones contra el hacinamiento carcelario y penitenciario*", que se llevara a cabo el día viernes 20 de noviembre a partir de las 10:00 am.

No obstante lo anterior y teniendo en cuenta la importancia de la misma, me permito delegar a la Doctora Olga Lucia Paiba Rocha, Directora (E) de Política Criminal y Penitenciaria, para que participe en la misma.

Agradezco la invitación y manifiesto mi interés de participar en futuros escenarios.

Cordialmente,

**WILSON RUIZ OREJUELA**  
Ministro de Justicia y del Derecho

Elaboró: Ingrid Aguirre  
Revisó y Aprobó: Margarita Otero Mendoza

<http://vuv.minjusticia.gov.co/Publico/FindIndexWeb?rad=XUv3xZjwYg%2FsYVSAUT45JMpP%2BvmMVqgu%2F4p5QX165rw%3D&cod=otpeiBSBmS%2F6DwVq%2BPh%2FAw%3D%3D>

**SEÑORAS Y SEÑORES  
COMISIÓN PRIMERA CAMARA DE REPRESENTANTES  
E.S.D.**

**Asunto:** Intervención audiencia pública.

Proyecto de ley 161 de 2020 Cámara “*Por medio de la cual se establece la fianza dentro del Procedimiento Penal colombiano y se dictan otras disposiciones contra el hacinamiento carcelario y penitenciario*”.

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, actuando como profesor del Departamento de Derecho Penal (Facultad de Ciencias Jurídicas) y tutor del SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO de la Pontificia Universidad Javeriana<sup>1</sup>, en respuesta a su amable invitación, a continuación procedo a exponer algunos comentarios sobre la propuesta tendiente a establecer la fianza dentro del Procedimiento Penal colombiano, así como se dictan otras disposiciones contra el hacinamiento carcelario y penitenciario (en lo sucesivo se hará alusión a la misma como “*la propuesta*”), que consideramos oportuna pero insuficiente frente al objetivo perseguido.

Empero, la Corte Constitucional ha hecho un llamado en los últimos pronunciamientos judiciales relacionados con el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario colombiano (ECI carcelario), a abandonar el tradicional ejercicio de la política criminal colombiana por ser “*reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad*” (Sentencia T-762 de 2015), lo que en definitiva ha afectado los derechos de las personas privadas de la libertad, impidiendo concretar el fin resocializador de la pena. La política penitenciaria en Colombia ha sido represiva, en vez de preventiva (Defensoría del Pueblo, 2004, informe citado en la sentencia T-388/13).

Ahora bien<sup>2</sup>, uno de los factores que propicia el hacinamiento carcelario en Colombia y Latinoamérica es el uso excesivo de la detención preventiva. “*Según los estudios empíricos, nuestros países recurren, como regla, al encarcelamiento cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada*” (Bovino, 2005, p.122). Si esto es así y la detención preventiva no es una medida excepcional, acorde con los pronunciamientos de la CorteIDH se está vulnerando la presunción de inocencia<sup>3</sup>.

Teniendo en cuenta las decisiones adoptadas dentro del sistema interamericano de derechos humanos (tabla No. 1) – más allá de lo expresado por la Corte Constitucional en sentencias C-425/08, C-567/19 y C-128/20 -, la detención preventiva resulta incompatible con la presunción de inocencia en un contexto como el colombiano - declarado como ECI carcelario -, donde se evidencia un (i) **uso excesivo de la detención preventiva** y (ii) donde la duración del tiempo que la persona permanece privada de la libertad en virtud de esta medida supera un plazo razonable. Adicionalmente, a pesar de la diferenciación normativa entre cárceles y penitenciarias, (iii) los condenados y sindicados se mezclan en los establecimientos de reclusión. Estos tres puntos se construyen a partir de la exposición contenida en las sentencias del ECI carcelario<sup>4</sup>, que son citadas en la exposición de motivos de *la propuesta*.

---

<sup>1</sup> **Advertencia:** Los argumentos expuestos en esta intervención no representan la opinión ni el consentimiento oficial de la Pontificia Universidad Javeriana, sino exclusivamente la posición de los integrantes del SEMILLERO EN DERECHO PENITENCIARIO que se relacionan al final del documento.

<sup>2</sup> Se siguen los argumentos expresados en Hernández (2019).

<sup>3</sup> Cfr. Caso *Tibi v. Ecuador* (07-09-04).

<sup>4</sup> Sobre el tema ver Hernández (2018, pp. 95-161)

**Tabla No. 1. Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia**

Situación	Decisiones Corte Interamericana de Derechos Humanos
Prisión preventiva como regla general	Caso <i>Tibi v. Ecuador</i> (07-09-04) Caso <i>Palamara Iribarne v. Chile</i> (22-11-05) Caso <i>López Álvarez v. Honduras</i> . (01-02-06)
Superar el plazo razonable en la duración de la detención preventiva (plazo desproporcionado)	Caso <i>Jorge A. Giménez v. Argentina</i> . [Informe N° 12/96 (01-03-96)] Caso <i>Suarez Rosero vs. Ecuador</i> (12-11-97) Caso <i>Barreto Leiva v. Venezuela</i> , (17-11-09)
Recluir en un mismo sitio a personas condenadas y sindicadas	Caso <i>Yvon Neptune v. Haití</i> . (06-05-08)
Omitir la reserva de ley para la imposición de la detención preventiva	Caso <i>Usón Ramírez v. Venezuela</i> (20-11-09)
Imponer la detención preventiva teniendo como base exclusiva la gravedad del delito	Caso <i>López Álvarez v. Honduras</i> . (01-02-06)

**Fuente:** Hernández, *op. cit.*, 2019, pp. 172-173.

Importante tener en cuenta que muchas de las personas sindicadas, permanecen privadas de la libertad en centros de detención transitoria – dentro de un ambiente lamentable<sup>5</sup> que también ha sido descrito por la Corte Constitucional (sentencia T-151/16).

Por lo anterior, alternativas como la consagrada en la *propuesta*, demuestra el interés del legislador por reivindicar los derechos de las personas privadas de la libertad y la búsqueda tendiente a satisfacer el estándar constitucional mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos y el ECI carcelario.

Así, la fianza pretende beneficiar a personas privadas de la libertad preventivamente en virtud de un peligro de fuga, quienes a cambio del pago de una suma de dinero, no tendrán que cumplir su medida de aseguramiento de manera intramural.

La *propuesta* señala que la fianza solo procede para aquellos delitos que tienen prevista la pena de multa. En este sentido<sup>6</sup>, importante precisar que la multa es una sanción pecuniaria que hace parte del *ius puniendi* del Estado y que se impone de manera única principal o acompañante de la pena de prisión, como consecuencia del comportamiento disvalioso, determinado a través de una sentencia condenatoria<sup>7</sup>. Sobre el cambio de la multa como pena principal, oportuna la cita Rusche y Kirchheimer (1984, pp. 18-19) **directamente relacionada con uno de los problemas de la propuesta (discriminación económica):** *“De este modo, quienes poseían dinero suficiente para pagar, podían comprar la exención de las penas; aunque los condenados indigentes (que constituían la gran mayoría en esos tiempo difíciles) estaban incapacitados para salvarse del tratamiento riguroso al que eran sometidos”*, anticipando así un criterio de discriminación y de eventual privación de derechos como consecuencia de la imposibilidad económica.

<sup>5</sup> Cfr. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/la-reduccion-del-hacinamiento-carcelario-en-colombia-en-tiempos-de-covid-19/>

<sup>6</sup> Se siguen los argumentos expresado en Hernández (2015).

<sup>7</sup> En el mismo sentido Cfr. sentencias C-390/02, C-194/05 y C-185/11

En torno a la exigibilidad de la multa para acceder a los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, la Corte Constitucional mediante sentencias C-194, C-665, C-783 y C-823 de 2005, había mantenido la misma línea jurisprudencial en cuanto: (i) el carácter de multa es sancionatorio y se origina en la configuración de una conducta penal, luego no responde a criterios transaccionales, obligacionales, ni contractuales, por lo cual su exigencia debe entenderse en el ámbito del cumplimiento de una pena, y no con la vocación de discriminar a personas de bajos recursos económicos, y (ii) la regulación legal de la multa en materia penal brinda alternativas para el cumplimiento de su pago, que pretenden atender la realidad social y económica de quienes se encuentran condenados penalmente, con lo cual no se encuentran discriminados los condenados de bajos recursos económicos. Esta postura se asimila a la tesis sobre la discriminación por situaciones de pobreza respecto a la sustitución de la prisión por multa, sostenida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en los casos *Tate Vs. Short*, 401 U.S. 395 (1971) y *Williams Vs. Illinois*, 399, U.S. 235 (1970)<sup>8</sup>.

Así, la propuesta solo beneficiará a las personas que cuentan con capacidad adquisitiva, teniendo el riesgo de convertirse en una medida discriminatoria.

Para solucionar este reproche, sugerimos incluir la posibilidad de que la fianza, puede ser constituida a través de una póliza de seguros, que disminuya la carga económica de las personas que carecen de solvencia para sufragar el valor establecido en los tipos penales como pena pecuniaria, que según la *propuesta* servirá como parámetro para tasar la fianza, respecto de su mínimo. Igualmente, el monto de la fianza no puede ser inamovible, sino que debe ponderar tanto la gravedad del delito, como la capacidad de pago del sindicado.

**Otro problema de la propuesta, corresponde al listado de delitos excluidos**, que se adicionan como parágrafo del artículo 308 de la Ley 906 de 2004. Con base en estos, las buenas intenciones de la *propuesta* quedan reducidos a una limitada aplicación, como pasó con el Decreto 546 de 2020 y su artículo 6°, declarado en todo caso exequible mediante sentencia C-255/20. Así, se da prevalencia a la sensación de seguridad pública frente a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad y la excepcionalidad de la detención preventiva.

La *propuesta* unifica todos los delitos consagrados dentro de determinados bienes jurídicos tutelados, sin tener en cuenta la gravedad de cada uno en particular. Piénsese por ejemplo en la prohibición frente a delitos contra la libertad individual y otras garantías, que mide con el mismo rasero a la desaparición forzada, el secuestro y la detención arbitraria (por un lado) y los delitos contra la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo (por el otro).

En esta misma línea se debe advertir que valorar la gravedad de manera exclusiva en sede de medida de aseguramiento, termina desconociendo la presunción de inocencia, conforme la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos (*supra*).

En el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez [Caso *Bayarri v. Argentina*. (30-10-08), CortelDH] se advierte que:

«4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. Basta recordar -evocando al clásico Beccaria- que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre. Este dato

<sup>8</sup> En contra de esta posición ver Posner (2002, p. 218)




*pone en guardia frente a la —justiciall de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculgado.»*  
(Resaltado fuera del texto).

De lo anterior se desprende que la detención preventiva pueda afectar la presunción de inocencia, comoquiera que resulta inevitable para su imposición, la realización de un juicio adelantado de responsabilidad. En todo caso, nuestra Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas oportunidades<sup>9</sup> que la detención preventiva no vulnera la presunción de inocencia ya que su decreto no comporta la definición de responsabilidad del sindicado.

A su vez, excluir a todos los sindicatos que cuenten con antecedentes penales, omite la valoración de cada caso concreto y se basa en criterios de reincidencia delictiva en abstracto, que puede llevar al absurdo de que una persona condenada de manera antecedente por un delito querellable, no pueda tener la oportunidad de la fianza ante otro delito querellable o cualquier otro delito, no excluido. Esto imposibilita brindar una solución efectiva para el hacinamiento carcelario.

Por otro lado, respecto a las medidas contra el hacinamiento carcelario y penitenciario, contenidas en el capítulo III de *la propuesta*, consideramos válida la preocupación por los recursos. Ciertamente, a corto plazo, el problema requiere de una importante apropiación presupuestal. Sin embargo, el diagnóstico como medida de corto plazo (parágrafo 1) redundante en lo ya existente y omite la urgencia de la situación carcelaria, especialmente en tiempos de pandemia. Y en las medidas a mediano y largo plazo se debe ir más allá de los temas presupuestales, abordando las dinámicas del encarcelamiento y la errada práctica de nuestra política criminal, la cual omite la realidad carcelaria y la ineficacia del derecho penal. Para citar un ejemplo contenido en las sentencias del ECI carcelario, es importante pensar en penas alternativas y la aplicación de criterios de justicia restaurativa.

Atentamente,



**NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**  
**Profesor (Tutor del semillero)**  
C.C. 79939452 de Bogotá  
**Profesor del Departamento de Derecho Penal**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas**  
**Pontificia Universidad Javeriana**  
Calle 40 No. 6-23, Piso 7. Edificio Gabriel Giraldo.  
Cel. 3183778724  
Correo: [norbertohernandezj@javeriana.edu.co](mailto:norbertohernandezj@javeriana.edu.co)

<sup>9</sup> Cfr. Sentencias C-024/94, C-106/94, C-395/94, C-689/96, C-327/97, C-425/97, C-774/01, C-805/02 y C-456/06, entre otras.

### **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN ESTA INTERVENCIÓN**

BOVINO, Alberto (1997). *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos*. En: Abregú, Martín y Copurtis Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los Tribunales locales*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

HERNÁNDEZ, Norberto (2019). “Incompatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia”. En: Gutiérrez, M. y Olarte, A.M. (editoras). *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

HERNÁNDEZ, Norberto (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT.

HERNÁNDEZ, Norberto (2015). “El pago de la multa y la ley 1709 de 2014. Análisis de la libertad condicional y los sistemas de vigilancia electrónica antes del tránsito legislativo”. *Sistema penal & Violencia*, Vol. 7, No. 1, p. 116-141.

POSNER, Richard (2002). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto (1984). *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York.