



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS PROYECTO DE LEY No. ____

“Por medio de la cual se humaniza la política criminal y penitenciaria para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones”

Honorables Congresistas,

La presente iniciativa legislativa que pongo a estudio del Honorable Congreso de la República es el resultado de un sopesado intercambio con actores del sistema penal, mesas de derechos humanos realizadas con personas privadas de libertad y una evaluación a profundidad del desempeño institucional de la política criminal y penitenciaria en Colombia.

Este proyecto de ley persigue cuatro objetivos fundamentales. En primer lugar, busca enfrentar el afán punitivo con que se ha legislado en las últimas décadas, que la Corte Constitucional ha señalado como un defecto del sistema. Desde la expedición del Código Penal, en el año 2000, se han expedido más de 60 leyes en materia penal, en las que se repite una constante: la ampliación de penas y la creación de nuevos delitos. Estas medidas, justificadas como formas de aumentar la disuasión para cometer delitos, no solo no han logrado su cometido preventivo, sino que han contribuido para perpetuar la crisis de derechos humanos que se vive en las cárceles del país.

Por esta razón, este proyecto de ley hace algunos ajustes en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal, con el objetivo de aportar a la recuperación de su sentido de racionalidad, coherencia y proporcionalidad de las penas, ajustar los topes máximos de las penas previstas en la legislación, al tiempo que incorporar modificaciones normativas que permitan focalizar los esfuerzos de la administración de justicia en la persecución de la criminalidad grave, muy grave y reincidente.

En segundo lugar, esta iniciativa hace una apuesta por la justicia restaurativa como mecanismo útil y expedito de resolución de diversos conflictos sociales que se suelen tramitar por la vía penal de forma menos efectiva. Este enfoque busca maximizar los derechos de las víctimas, las cuales tendrán justicia pronta, con garantías para evitar su revictimización, y con reparación efectiva del daño causado. La justicia restaurativa permitirá igualmente que el infractor penal se responsabilice del delito y se inserte en dinámicas de recuperación del tejido social afectado por la criminalidad para mitigar su reincidencia.

Cabe destacar que los mecanismos de justicia restaurativa ya existen en la legislación penal. Así, la visión del legislador, cuando se expidió el Código de Procedimiento Penal, ya estaba en sintonía con este tipo de justicia. En tal sentido, lo propuesto en este punto es fortalecer las posibilidades de concretar la justicia restaurativa en el trámite de controversias enmarcadas en el derecho penal.



En tercer lugar, este proyecto de ley busca que la etapa de ejecución de las penas cumpla su finalidad constitucional. Las cárceles del país han permanecido en hacinamiento por décadas, actualmente con una población superior a la capacidad en un 20% en promedio (cerca de 100.000 personas disponen de alrededor de 80.000 cupos). Además, en los últimos años, se ha presentado una situación anómala de desbordamiento del hacinamiento carcelario hacia las estaciones de policía, dando lugar, a la fecha, que en estos lugares exista un hacinamiento del orden del 150%, en donde más de 22.000 personas permaneces recluidas. Esta situación de hacinamiento carcelario, y su desbordamiento en las estaciones de policía del país, son evidencia de una verdad inocultable: la reclusión en Colombia es contraria a la dignidad humana y vive un prolongado “estado de cosas inconstitucional” como lo ha establecido la Corte Constitucional desde mediados de los años noventa.

Esta crisis ha hecho olvidar que la legitimidad del uso de las prisiones en las democracias occidentales está supeditada a que se cumpla su finalidad principal: la resocialización, buscando la reducción de vulnerabilidades del infractor penal para que se pueda desenvolver nuevamente en sociedad y para evitar nuevas víctimas.

Para abordar este problema, la presente iniciativa legal promueve la implementación de un modelo progresivo de ejecución penal, para que las personas privadas de la libertad no queden aisladas de la sociedad, sino que, por el contrario, puedan tener un mayor contacto familiar y social conforme avanza la pena impuesta y se garanticen condiciones serias de cumplimiento. Se busca facilitar el acceso y oferta de los programas de resocialización, para que el paso por la prisión se convierta en un mecanismo para reforzar el Estado de Derecho y un escenario de una Colombia como una verdadera potencia mundial de la vida.

En cuarto lugar, se debe considerar que las medidas propuestas, leídas en su conjunto, van a favorecer la seguridad. Por un lado, la racionalización del derecho penal para focalizar esfuerzos institucionales contribuirá a perseguir efectivamente la criminalidad grave, muy grave y reincidente. A su vez, la justicia restaurativa y el fortalecimiento de los procesos de resocialización permitirán reducir la reincidencia, pues fomentarán que los infractores penales no vuelvan a delinquir.

Corresponderá al Honorable Congreso encaminar el debate democrático y generar una nueva oportunidad para avanzar hacia la superación del estado de cosas inconstitucional de la política criminal y penitenciaria del país.

Con mi más sincera consideración,

NESTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
Ministro de Justicia y del Derecho



PRESENTACIÓN

La presente iniciativa legislativa del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se somete a consideración del Congreso de la República, busca implementar una visión al interior de los sistemas penal y penitenciario que esté orientada por los principios de racionalidad, coherencia, proporcionalidad, con énfasis en la resocialización y el respeto irrestricto de los derechos humanos. En este sentido, esta propuesta responde a los lineamientos de la política criminal que fueron diseñados en el año 2012 por la Comisión Asesora de Política Criminal¹, cuyas orientaciones fueron recogidas a través de las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015. A partir de éstas, se reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario producto, entre otros factores, de la desarticulación de la política criminal del país².

La Comisión Asesora y la Corte Constitucional advirtieron que la organización del poder punitivo del Estado, enmarcado en el derecho penal y en las sanciones penales que se utilizan en Colombia, presenta, entre otras, las siguientes problemáticas:

- 1. Las decisiones político-criminales carecen de fundamentación empírica.** De ello, son un ejemplo las medidas de aumento de delitos o creación de nuevos tipos penales que no cuentan con evidencia para soportar las inflaciones punitivas.
- 2. La toma de decisiones en esta materia es reactiva.** Contrario a la toma de decisiones basada en evidencia, las decisiones en materia penal suelen responder a coyunturas de la realidad nacional, que impiden realizar juicios de ponderación o proporcionalidad sobre la necesidad real de implementar medidas político- criminales.
- 3. Desarticulación institucional.** Las autoridades concernidas con la política criminal son variadas y se ubican en los niveles nacional y territorial. La falta de diálogo fluido entre las autoridades ha impedido el desarrollo de estrategias de política pública que respondan integralmente, y de forma coordinada, a los desafíos de persecución de la criminalidad y de atención a las personas privadas de la libertad.
- 4. Adopción de una tendencia al endurecimiento punitivo.** Desde la expedición del Código Penal, se han expedido más de 60 reformas legales orientadas, en su gran mayoría, al aumento de penas o creación de nuevos delitos³. Esta tendencia

¹ Comisión Asesora de Política Criminal (2012). Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación, Unión Europea.

² En el año 2022, la Corte Constitucional expidió la Sentencia de Unificación 122 de 2022, en la cual, si bien no se refiere a todos los problemas generales de la política criminal diagnosticados en las sentencias de estado de cosas inconstitucional precedentes, sí enfatiza en la necesidad de superar el problema de desarticulación entre las autoridades, poniendo especial énfasis en el relativo a la articulación nación y territorios para el desarrollo de infraestructura y sostenimiento de las personas detenidas preventivamente.

³ Cita, R. y González, I. (2018). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*.



no solo ha impactado la inflación punitiva en el Código Penal. También, en una relación de necesidad causa-efecto, ha repercutido en el aumento de personas privadas de la libertad en el sistema penitenciario y carcelario. Se ha llegado al punto de discutir que Colombia viene sufriendo una tendencia al mayor encarcelamiento; esto es, una versión adaptada en la realidad nacional del fenómeno de encarcelamiento masivo que se sufrió en los Estados Unidos en las últimas décadas⁴.

5. Inexistencia de una perspectiva de derechos humanos. La tendencia al mayor encarcelamiento ha llevado al hacinamiento de los lugares destinados a la detención en el país. La sobrepoblación carcelaria ha mantenido el sistema penitenciario y carcelario en un estado de precarización en la oferta de bienes y servicios con destino a las personas privadas de la libertad.

Las medidas legislativas que se proponen con el presente Proyecto de Ley, que se erigen como respuesta a estas problemáticas, se explicarán en dos momentos. Inicialmente, a través de una introducción que complementa esta presentación, se explicará el espíritu de la reforma y se enseñará el hilo conductor del proyecto. Luego, a través de los siguientes capítulos se explicará y desarrollará, de modo más específico, el paquete medidas legislativas propuestas⁵.

INTRODUCCIÓN

Las declaratorias —T-153 de 1998 y T-388 de 2013—, reiteraciones —T-762 de 2015— y ampliaciones —SU-122 de 2022— del Estado de Cosas Inconstitucional son muestra de la dimensión y pervivencia del problema humanitario que se vive en el sistema penitenciario y carcelario colombiano. No estamos hablando de una crisis

Ministerio de Justicia y del Derecho.

⁴ Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT.

⁵ Cabe destacar que la presente iniciativa legislativa recoge, articula y complementa esfuerzos anteriores por responder a esta misma problemática. En específico, el Ministerio de Justicia y del Derecho hizo una revisión a algunos proyectos de ley precedentes, algunos incluso que no se radicaron en el Congreso de la República. Estas iniciativas son el proyecto de ley 148-2016S, 014- 2017S, y un borrador de proyecto de ley de 2022 -sin radicar en el Congreso-. Estas iniciativas tienen conceptos favorables del Consejo Superior de Política Criminal y, de hecho, el 014-2017S es una iniciativa construida directamente por esta alta instancia de coordinación. Como quiera que estos borradores han sido de autoría o contado con la participación del Ministerio de Justicia y del Derecho, en algunos casos se han retomado propuestas de ajustes normativos previamente formuladas. Así entonces, la presente iniciativa legislativa pretender construir sobre las principales conclusiones a las que se ha llegado tras una amplia discusión técnica, de varios años, que ha avanzado con la preocupación de brindar una solución a la superación del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario. Los mencionados conceptos favorables pueden verse en: https://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Conceptos_CSPC.



pasajera, sino de la confirmación de que, como Estado y como sociedad, hemos fracasado sistemáticamente al momento de proteger, respetar, y garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

En las referidas providencias de la Corte Constitucional, y en pronunciamientos de diversos actores sobre el tema, los diagnósticos parecen coincidir en que el hacinamiento es una de las principales causas tras esta tragedia humanitaria. Este no solamente afecta “(...) las condiciones de habitabilidad y el acceso a los bienes y servicios (derechos) básicos necesarios para la población, tales como la alimentación y la salud”⁶, sino que tiene “implicaciones sobre las condiciones en las que se desarrolla el tratamiento penitenciario”⁷ pues reduce la posibilidad de “acceso a programas de resocialización, a cupos de educación, trabajo o enseñanza”⁸.

En este sentido, altos índices de hacinamiento no solo indican que las instalaciones físicas de los establecimientos de reclusión se han quedado limitadas a la hora de albergar el número total de personas privadas de la libertad. Probablemente, indican que el sistema penal y penitenciario colombiano ha perdido su norte, dado que estos índices cercenan la posibilidad de cumplir con la finalidad constitucional y legal propia de la fase de ejecución de las penas: la resocialización o reinserción social de las personas privadas de la libertad.

Una vez que se llega a este diagnóstico, parece claro que el principal camino para abordar la referida crisis humanitaria pasa por caminos como el de la disminución del hacinamiento. Este esfuerzo se puede hacer por dos vías. La primera consiste en ampliar cupos penitenciarios y carcelarios. La segunda, en fortalecer tanto enfoques alternativos a la solución de los conflictos sociales, distintos a su etiquetamiento y tratamiento como delitos, como mecanismos alternativos al encarcelamiento. La primera vía no solamente implica costos monetarios imposibles de asumir para la actual economía colombiana, sino costos en términos de dolor y afectación de derechos fundamentales para las personas privadas de la libertad, sus familias y sus comunidades. La segunda vía, inspirada en principios de justicia restaurativa, proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la pena, soluciona el hacinamiento sin incurrir en estos costos, siendo una política pública no solo más racional y eficiente, sino, al llevar la violencia punitiva a su mínima y estrictamente necesaria dimensión, más atractiva y coherente con las apuestas de una sociedad decidida a proyectarse hacia escenarios de paz total.

Detengámonos en el asunto de la diversidad de costos de la primera vía. Como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia T-388 de 2013, estos deben calcularse en términos (1) económicos y (2) de derechos. Dentro del aspecto económico, en la

⁶ Ministerio de Justicia y Derecho, *Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia*, s/f, p. 5.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.



medida que construir un cupo penitenciario y carcelario cuesta, en promedio, 130 millones de pesos, se calcula la cifra del déficit de infraestructura carcelaria cercana a 5.1 billones de pesos, sin contar con los costos fijos anuales de sostenimiento que rondan en 1.2 billones de pesos. A su turno, el costo en derechos se expresa en las actuales condiciones de reclusión que son contrarias al orden constitucional. En consecuencia, no se asegura el respeto de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. Además, debe tenerse en cuenta que la nueva infraestructura que se desarrolle tarda varios años en construirse y ponerse en funcionamiento. En estos términos, la vía de la ampliación del sistema penitenciario y carcelario solo supone costos actualmente no cubiertos por el sistema y penosas condiciones de habitabilidad que, desde todo punto de vista, resultan indignas.

Si, al considerar costos y beneficios, la balanza parece inclinarse tan claramente hacia la segunda opción, ¿por qué no la hemos tomado en el pasado? ¿Por qué hemos insistido en la idea de pretender construir todas las cárceles que sean necesarias para seguirle el ritmo a una política criminal “reactiva”, “populista”, “sin fundamento empírico”, “lesiva de los derechos de los ciudadanos” “poco efectiva”, “irracional”, “incoherente⁹”?

Tal vez la respuesta a estos interrogantes tenga que ver con una serie de creencias, intuiciones o prejuicios que nos ha llevado a condenar la segunda alternativa. Preferimos la opción del encarcelamiento masivo, aun siendo perfectamente conscientes de sus inocultables defectos, porque creemos que los muros de la cárcel son milagrosas barreras que nos protegen de los peores criminales. De esta manera, al romper de cualquier modo esa protección física, se suele creer que la sociedad quedaría expuesta a una ola de crímenes y atrocidades.

La mejor lógica, tras estas intuiciones, podría plantearse del siguiente modo. Una política que consista en encarcelar a más personas por más tiempo puede prevenir el delito porque: (i) amenaza y disuade más a más potenciales criminales, que se abstendrán de cometer más delitos por miedo a las terribles consecuencias; (ii) hace que más criminales estén tras una barrera física –las rejas de la prisión– que les impida cometer delitos y, finalmente, (iii) la mano dura quiebra la voluntad del criminal al enseñarle de la manera más violenta que, cuando salga de prisión, debe temer y respetar la ley.

A pesar de que resuena con nuestro sentido común frente a estos temas, esta lógica autoritaria jamás ha podido resistir un examen soportado en evidencia. Los datos obtenidos por diversos estudios realizados alrededor del mundo han permitido que los

⁹ De conformidad con las series estadísticas del INPEC, se advierte que a finales del año 1991 los cupos de los establecimientos de reclusión ascendían a 28.580 y en el 31 de diciembre de 2021, los cupos eran de 80.922, es decir, se triplicaron los espacios de reclusión a razón de 1.680 cupos anuales, 140 cupos mensuales y 4.8 cupos diarios. Esto demuestra a las claras que las medidas tendientes a imponer una sanción penal son insostenibles en el tiempo y generan un problema social mayor que el que pretenden resolver.



expertos en estos temas concluyan que el camino del encarcelamiento masivo ha tenido “cero impactos en los índices de criminalidad”¹⁰. Para decirlo más claramente, los efectos del encarcelamiento en los índices de criminalidad podrían resumirse como una suerte de suma cero, puesto que la cifra de delitos producidos por esta vía es mayor o igual que la de delitos prevenidos. Veamos.

Frente a la primera creencia (los aumentos punitivos previenen la comisión de nuevos delitos), lo cierto es que, en términos empíricos, el efecto preventivo o disuasorio que añade el empleo de políticas criminales especialmente represivas es, para decirlo del modo más optimista posible, entre escaso y nulo. En otras palabras, no tenemos evidencia rigurosa de que la gastada fórmula de anunciar mano dura y aumento de penas tenga un impacto claro y sostenido en la disuasión de potenciales criminales y, por ende, en la criminalidad¹¹. La segunda idea (incapacitar al delincuente en las prisiones evita nuevos delitos) es la que puede encontrar mejor fundamento en la literatura criminológica universal, dado que suele aceptarse que la prisión genera un efecto incapacitante que previene la ocurrencia de delitos. Sin embargo, es bien sabido que, en Colombia, esta idea es desafiada diariamente. Son muchas las personas privadas de la libertad que cometen delitos como extorsiones y estafas desde los muros de la prisión. La tercera idea (el paso por la prisión disuade la reincidencia) es la que peor se lleva con la evidencia. Está plenamente comprobado que las cárceles, especialmente las más crueles y hacinadas, han sido, para decirlo en palabras de la Corte Constitucional, “universidades del crimen”. Por tanto, cuando las personas salen de la prisión, en muchas oportunidades terminan volviendo a delinquir¹². Como

¹⁰ Roodman, *The impacts of incarceration on crime*, Open Philanthropy Project, September 2017, p. 7.

¹¹ Roodman, *The impacts of incarceration on crime*, Open Philanthropy Project, September 2017, p.

7. En la misma línea de la Corte Constitucional, Acosta, Mejía y Zorro, *Certeza vs. Severidad: Repensando el Debate con Evidencia para Colombia*, Serie Documentos Cede, 2016, se preguntaron si la idea, paradigmática desde los tiempos de Beccaria, según la cual para mejorar la prevención de delitos por la vía del desincentivo que produce la sanción penal es más eficiente concentrarse en la certeza del castigo que en su severidad, seguía siendo cierta en la Colombia actual. Tras analizar la evidencia empírica recogida por su estudio, terminaron concluyendo, en la misma línea que la generalidad de los estudios en esta materia, que: “los cambios en la probabilidad de que alguien sea castigado tienen un mayor impacto que los cambios en la severidad del castigo”, por lo que sugieren a las autoridades colombianas que “en lugar de concentrarse casi que exclusivamente en aumentar las penas de prisión como medio para reducir tasas de delincuencia (que ha sido el curso de acción del Congreso y el Ministerio de Justicia colombianos en los últimos años), nuestros resultados sugieren que las autoridades deberían enfocar sus recursos en investigar cómo aumentar la certeza de la sanción sin generar consecuencias negativas no pretendidas”.

¹² En esta línea v. Iturralde, Santamaría & Uribe, *Covid-19 y la crisis estructural de las prisiones en Colombia. Diagnóstico y propuestas de solución*, Friedrich Ebert Stiftung, diciembre 2020, p. 26: “un sistema penitenciario y carcelario que trata a las personas detenidas de una manera indigna no está en condiciones de cumplir con su función esencial, que es resocializarlas, y aumenta las posibilidades de reincidencia una vez sean liberadas. Así, se puede afirmar que, paradójicamente, la política criminal del Estado colombiano es criminógena; lejos de reducir la criminalidad, la incentiva al seleccionar, discriminar y maltratar a grupos humanos de por sí excluidos y vulnerables. Esto es válido particularmente para los hombres jóvenes de escasos recursos humanos, que viven en centros urbanos, tienen bajos niveles educativos y presentan altos índices de desempleo, los cuales son el principal objetivo de la política criminal y la mayor población de las cárceles. Un estudio más amplio,



está concebida hoy en el país, la cárcel es entonces un *factor criminógeno*. Esto es, produce más delito e impulsa y refuerza carreras delictivas.

Detengámonos por un momento en este último punto. Cuando comparamos el uso de la prisión frente a medidas alternativas, en términos de reincidencia, podremos ver con claridad cómo el uso predilecto del encarcelamiento de las políticas de mano dura termina generando más delito que otras aproximaciones. En Inglaterra, por ejemplo, entre abril de 2014 y marzo de 2015, “la reincidencia de aquellos condenados liberados sin cargos fue de 30,5%, de aquellos que fueron multados 27,4%, mientras que en el caso de los que cumplieron una sentencia comunitaria fue de 33,1%. En el caso de los suspendidos la reincidencia fue de 29,3% en los casos en que se impuso requerimientos y 34,8% en el caso de suspendidos sin requerimientos, mientras que la de los condenados a la cárcel fue de 44,7%”¹³. En Alemania, “en el caso de las penas de prisión suspendidas a prueba, la reincidencia es de 45% mientras que la de aquellos egresados de prisión efectiva es de 56%”¹⁴.

Otros estudios, sin olvidarse del factor de resocialización, han enfrentado las políticas públicas de encarcelamiento a las que propenden por medidas alternativas desde un análisis económico. Los resultados son claros. En un estudio realizado por el *Justice Policy Institute*, instituto norteamericano que se enfoca en delitos relacionados con drogas, se indica que “el valor de un tratamiento de rehabilitación extramural, incluyendo educación vocacional y servicios de apoyo durante 25 meses costaba en promedio US\$32.974, contra el costo del encarcelamiento que ascendía en US\$64.338 para el mismo lapso”¹⁵. En este estudio se citan otros estudios sobre la materia, uno de los cuales concluye que “el tratamiento aparece como costo efectivo comparado con la alternativa del encarcelamiento”¹⁶.

En la misma línea tenemos que, en el estado de Maryland, en los Estados Unidos de América, “el programa *Community Options Program (COP)*, permitió reducir los costos asociados con las penas por consumo de sustancias de US\$ 20.000 a US\$4.000 dólares al año”¹⁷.

Finalmente, debemos resaltar el estudio que hizo la *New Economics Foundation* a partir de las experiencias de instituciones penales de Glasgow y Worcester, donde se habían realizado programas de “penas comunitarias”. Mediante análisis econométricos se hicieron proyecciones a diez y veinte años de los costos y beneficios

completo y ambicioso en: Tobón, S., ¿“Do better prisons reduce recidivism? *Evidence from a prison construction program*”. Documentos de Trabajo CIEF, 017938. Medellín: Universidad EAFIT, 2020.

¹³ Salinero, Morales & Castro, *Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de la libertad. La experiencia española, inglesa y alemana*, Política Criminal, 24, p. 837.

¹⁴ *Ibid.*, p. 851.

¹⁵ Justice Policy Institute, *Treatment or Incarceration? National and State Findings on the Efficacy and Cost Savings of Drug Treatment Versus Imprisonment*, 2004, p. 5.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*



que comportaban el tratamiento penal tradicional versus los programas de sustitución de penas. Entre los principales hallazgos, los investigadores de la *New Economics Foundation* encontraron que, por cada libra esterlina invertida en penas sustitutivas, se daba un retorno de 14 libras para las mujeres condenadas, sus familias y las comunidades donde vivían. De acuerdo con las proyecciones realizadas, si tan sólo el 6% de las mujeres no reincidiesen en delitos, los programas de penas sustitutivas se pagarían en un solo año. Asimismo, se calculó que, a diez años, el Estado se ahorraría más de 100 millones de libras. Por otra parte, el estudio calculó los costos para el Estado y para los hijos de mujeres encarceladas por delitos no violentos y encontró que excedían los 17 millones de libras durante un periodo de 10 años. En particular, encontró que dichos costos estaban asociados a que los hijos terminaran convirtiéndose en “Ninis” (ni estudian ni trabajan), y que el no encarcelamiento de las madres generaba mayores ahorros al disminuir el riesgo de que sus hijos cayeran en abuso de sustancias o que se involucraran en actividades delictivas¹⁸.

Este tipo de evidencia empírica, obtenida una y otra vez en estudios alrededor del mundo, ha hecho que los países que fundamentan su política criminal en evidencia opten por el fortalecimiento de las medidas alternativas al encarcelamiento. Alemania, por ejemplo, podrá sostener que un factor para tener en cuenta, al momento de estudiar las razones tras sus exitosas y bajas tasas de criminalidad, está en que, de todas las personas castigadas penalmente, solamente 6% van a prisión intramural¹⁹. No obstante, más que sus efectos en un puñado de países como Alemania, donde lo que se fortalece es la necesidad de dar continuidad a un modelo poco “encarcelador”, estos estudios han constatado internacionalmente el fracaso de la vía encarceladora, que habían implementado muchos países. También, evidencia la necesidad de girar conjuntamente hacia un modelo en que se fortalezcan y usen las medidas alternativas al encarcelamiento salvo en casos de criminalidad grave, muy grave o reincidente.

En esta línea, todavía en el plano internacional, resulta pertinente citar la apuesta de la Organización de la Naciones Unidas para abordar el problema del hacinamiento. Condensando lo aquí señalado frente a la relación entre criminalidad y encarcelamiento, justamente en el Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en prisiones, se apunta que, gracias a “la combinación de ahorro de costos y mejores tasas de éxito en la reintegración social de los delincuentes, en la mayoría de los casos, las ventajas de dar preferencia a las medidas y sanciones no privativas de la libertad es una respuesta judicial mucho más eficaz ante el delito que la prisión”²⁰.

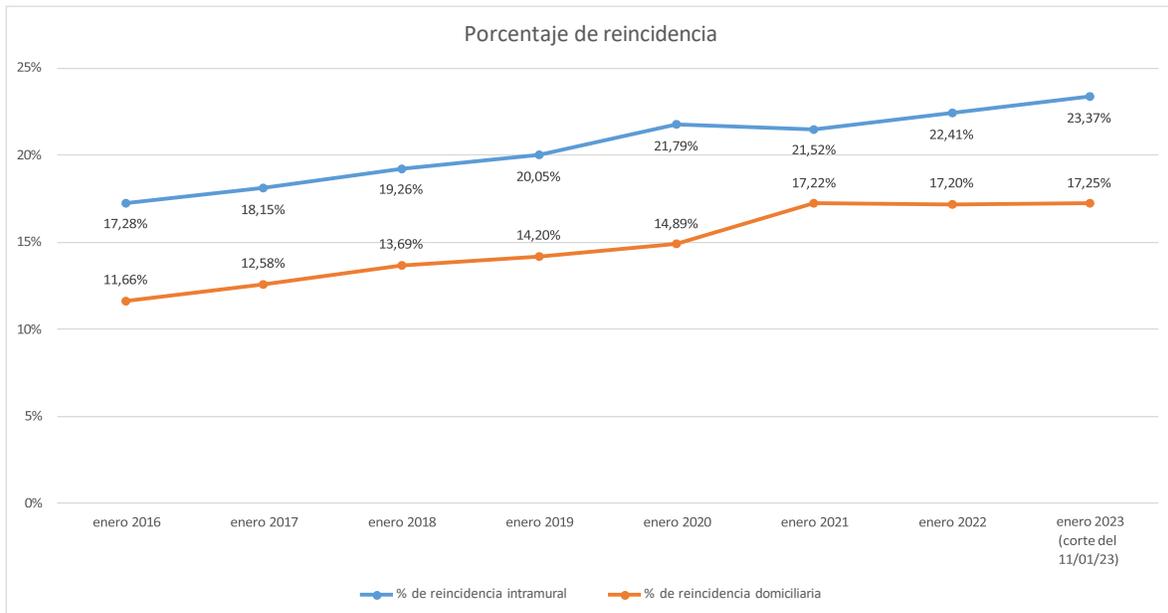
¹⁸ New Economics Foundation, *Unlocking Value. How we all benefit from investing in alternatives to prison for women offenders*, 2008.

¹⁹ Salinero, Morales & Castro, *Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de la libertad. La experiencia española, inglesa y alemana*, Política Criminal, 24, p. 850.

²⁰ En la misma línea, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) contemplan unos principios orientadores para promover medidas alternativas a la prisión, con el fin de fomentar una mayor participación de la comunidad en la reinserción del penado.



De nuevo en el plano nacional, la información empírica de la que disponemos nos confirma los hallazgos comprobados una y otra vez en el ámbito internacional. En la siguiente tabla, veremos como una alternativa como la prisión domiciliaria, cuyo costo económico es ínfimo para el Estado cuando se le compara con el valor de la prisión intramural, produce año a año menores índices de reincidencia:



Fuente: Elaboración propia con base en los datos del tablero de control de reincidentes del INPEC

Apreciadas las evidencias internacionales y nacionales, a continuación se enseñará el modo en que esa necesidad de dar un giro hacia el fortalecimiento de las medidas alternativas, por ser la mejor política pública para hacer frente a factores como el hacinamiento, dejó de ser un reclamo más o menos aislado para constituirse en una orden de rango constitucional ineludible para el Estado y la sociedad civil colombiana.

Como se dijo atrás, en Colombia han sido muchos los años en que hemos permanecido cautivos de una serie de creencias, intuiciones y prejuicios que nos han hecho optar por defender —con eslóganes, antes que con evidencias— una política criminal expansiva y autoritaria, primero, y una lucha contra al hacinamiento a través de la ampliación de los cupos en las prisiones, después. Como en otras partes del mundo, los saldos de este modelo en Colombia nos fuerzan a hablar de un rotundo fracaso. Esto puede verse en este preciso y desgarrador balance:

La experiencia colombiana de los últimos veinte años ha demostrado que la ampliación del sistema, a un gran costo económico, no ha redundado en la reducción del hacinamiento y de la criminalidad ni en la mejora en la prestación de servicios y la



garantía de los derechos humanos de la población privada de la libertad. Todo lo contrario, estos problemas se han vuelto crónicos²¹.

Al ver los impactos negativos del modelo encarcelador, la Corte Constitucional no se ha quedado cruzada de brazos. En la Sentencia T-388 de 2013, denunció los rasgos de una política criminal que, en lugar de resolver un problema humanitario, lo estaba agravando. Sobre ésta dijo que era:

[1] reactiva, [2] tendiente al endurecimiento punitivo (populismo punitivo), [3] poco reflexiva frente a las especificidades del contexto nacional, [4] subordinada a la política de seguridad y, [5] aunque hay esfuerzos recientes de darle mayor estabilidad y consistencia a la política criminal, [6] sigue siendo volátil, débil e incoherente, en gran medida, debido a la debilidad institucional de la cual depende²².

Sin embargo, es en la Sentencia T-762 de 2015²³ donde mejor se perfilan los fundamentos mínimos que deben gobernar la política criminal para que esta sea concordante con la Constitución Política y los compromisos internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos. Entre estos fundamentos cabe destacar, por su relación con el presente proyecto, los siguientes: i) la fundamentación empírica debe guiar cualquier intervención legislativa, administrativa o judicial en materia penal; ii) debe haber coherencia entre las fases de la política criminal y las distintas medidas que se tomen; iii) el derecho penal debe emplearse como última medida del Estado para hacer frente a los conflictos entre las personas; iv) debe haber una racionalidad del uso de la prisión y debe incentivarse el uso de medidas distintas a la misma; v) el fin primordial de la política criminal debe ser el de buscar la resocialización de los condenados, y, vi) la política criminal debe proteger los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad.

Con el fin de que la fundamentación empírica ocupe el espacio del conjunto de creencias, intuiciones y prejuicios —que sostenían la idea de seguir ampliando el sistema carcelario para que pudiera seguir el ritmo de una política criminal autoritaria, costosa e inútil— y por medio del acatamiento con plena confianza de las órdenes constitucionales que rigen en esta materia, mediante el presente proyecto de ley el Ministerio de Justicia y Derecho propone una reforma legislativa que privilegiará alternativas de solución de conflictos menos costosas y más pacíficas y efectivas que el derecho penal. Ésta contribuirá al fortalecimiento de las medidas alternativas al encarcelamiento y ayudará a una mejor implementación de los derechos a la resocialización y al tratamiento penitenciario que tiene toda persona privada de la libertad en Colombia. Con ello, se dará un vuelco hacia una justicia más restaurativa que privilegie estrategias para el tratamiento de conflictos que permitan ambientar el ideal de paz total y se mejorará la resocialización de los penados, lo que disminuirá

²¹ Iturralde, Santamaría & Uribe, *Covid-19 y la crisis estructural de las prisiones en Colombia. Diagnóstico y propuestas de solución*, Friedrich Ebert Stiftung, diciembre 2020, p. 26.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle. Fundamento 5.8.1.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz. Fundamentos 37-47.



los efectos criminógenos de la prisión, humanizará el castigo penal y, en definitiva, contribuirá a superar el estado de cosas inconstitucional.

Expresando lo anterior en términos más técnicos, podría decirse que, con esta iniciativa, el Ministerio de Justicia y del Derecho pretende el avance de una política criminal que pueda contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional bajo el entendido de que dicha política pública es un sistema complejo compuesto por varias etapas. Éstas deben estar articuladas entre sí, en los tres estadios de esta política pública: criminalización primaria, relativa a la definición de las penas; criminalización secundaria, relacionada con los procesos de investigación y judicialización de los delitos; y criminalización terciaria, que hace referencia a la fase de privación de la libertad y posegreso.

Para seguir con el orden propuesto en la presentación, a continuación presentaremos, capítulo a capítulo, los giros y las propuestas concretas que se proponen para humanizar la política criminal en cada una de sus fases o estadios.

CAPÍTULO I. DESPENALIZACIÓN DE ALGUNAS CONDUCTAS PUNIBLES

Empezando por la criminalización primaria, resulta claro que uno de los desafíos más complejos a los que se enfrenta la política criminal en Colombia pasa por intentar conseguir un perfecto equilibrio entre libertad (un principio esencial de nuestra constitución que solo excepcionalmente debería limitarse) y represión punitiva (de conductas graves que afectan bienes jurídicos y obstaculizan la paz y la convivencia social).

En la actualidad, el desequilibrio reinante puede observarse cuando nos fijamos en el contraste que existe entre una altísima impunidad frente a conductas especialmente graves para la población civil y una frecuente concentración, y desgaste de la administración de justicia, en la investigación, juzgamiento y ejecución punitiva de conductas que, al revestir de mucha menos gravedad, bien podrían quedar en manos de otras jurisdicciones, mecanismos judiciales o, incluso, instancias sociales o comunitarias.

Estos tratamientos, por fuera del ámbito penal, generalmente iluminados por los avances de la justicia restaurativa, podrían resultar no solo más efectivos en términos de solución del conflicto, dado que en la mayoría de los casos las partes quedarían más satisfechas en tanto que la solución se orientaría a la restitución de sus derechos, sino más pacíficos. Sin el plus de violencia que inevitablemente añade el tratamiento represivo la solución se podría orientar decididamente a la búsqueda de la verdadera reparación del tejido social y a la realización efectiva de derechos.



A ello habría que sumar que, conforme a lo señalado en la introducción, el encarcelamiento innecesario de conductas poco gravosas contribuye al hacinamiento carcelario (tal y como ha señalado la Corte Constitucional en Sentencias como la T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015). Adicionalmente, esto contribuye especialmente a la reincidencia, puesto que un sistema penitenciario colapsado impide el fin resocializador de la pena y, en consecuencia, la reinserción social. Lo anterior se concluye dado que la intervención de la pena privativa de la libertad, en estas condiciones, suele convertirse en factor criminógeno. Es decir, alguien que entra por una conducta leve puede salir con las actitudes y conocimientos necesarios para llevar a cabo conductas graves.

Desde este contexto general, podría concluirse que, actualmente, la orientación *eficientista* de nuestra política criminal hace que solamos ocupar el aparato penal con conflictos y problemáticas que una sociedad proyectada hacia la paz social debería intentar solucionar por otras vías. Mientras tanto, desatendemos problemáticas más complejas y generamos una impunidad que cercena los derechos de las víctimas y resquebraja el tejido social. Asimismo, podemos concluir que este proceder es un generador, en vez de un obstaculizador, de la delincuencia.

Desde un enfoque más técnico, podemos colegir, también, que en la normatividad penal colombiana persiste una excesiva criminalización de conductas y un desconocimiento del principio de necesidad del derecho penal. Según éste, el ejercicio del poder punitivo debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado; tal y como lo ha indicado de manera reiterada la Corte Constitucional en sentencias como la C-365 del 2012.

En ese orden, al tener en cuenta tanto lo general como lo técnico, para buscar un mejor equilibrio entre libertad y represión punitiva, resulta indispensable volcarnos hacia una política criminal en la que el sistema penal se active solo cuando sea absolutamente necesario. Es decir, cuando no exista una respuesta institucional menos gravosa para responder idóneamente al conflicto y no exista más remedio que acudir a la represión penal.

Con el fin de abordar a casos concretos, en una sociedad democrática que confía en el diálogo abierto, robusto, amplio, pluralista como mecanismo para la resolución de los conflictos connaturales a la vida social, y que se ha comprometido constitucionalmente con la defensa de la libertad de expresión, podríamos pensar que resulta innecesaria la ruta del derecho penal para casos de injurias, calumnias o delitos semejantes ante la advertida existencia de métodos alternativos de solución de conflictos que pueden restaurar el daño ocasionado al buen nombre y honra de las personas. Estos tratamientos no solo se han probado más efectivos al momento de tratar conflictos, sino que, optar por estos, posibilitaría que la justicia penal se enfoque en conflictos graves en los que la intervención penal es necesaria.

El viraje de una justicia retributiva hacia una justicia restaurativa no es, sin embargo, el único motivo para proponer la despenalización de ciertas conductas. La Ley 599 de



2000 lleva 22 años de adiciones, modificaciones e interpretaciones. Dentro de las adiciones más frecuentes, está la incorporación de nuevos tipos penales. Es entendible que un sistema penal dinámico se ajuste a las realidades y costumbres sociales. Esto lleva a nuevos delitos por bienes jurídicos que antes no existían o a la tipificación de conductas que aun cuando deben tener el máximo reproche social, aun no se encontraban tipificadas. Tal es el caso de aquellos delitos relacionados con las tecnologías de la información. Estos traen conductas reprochables que antes no era pensable que existieran.

No obstante, el Código Penal también se vuelve obsoleto en varios sentidos. Así como se le adicionan comportamientos para que sean delitos, también vale la pena la revisión de aquellos que deberían dejar de serlo.

Teniendo esto en mente, dentro del catálogo de argumentos para el eliminación de algunos tipos penales debe considerarse: (i) en primer lugar, algunas conductas no merecen un reproche desde el derecho penal, por ser este violento y de *ultima ratio* y porque, correlativamente, existen mejores medios o vías de solución; (ii) en segundo lugar, para adicionar un argumento más técnico, existen tipificaciones penales que llevan a errores de técnica, pues recogen un comportamiento que ya había estado tipificado de otra manera en la ley penal o que puede y debe ser solucionado a través de otra jurisdicción; y (iii) finalmente, deben revisarse tipificaciones penales que cobijan supuestos de hechos que simplemente no ocurren en la actualidad.

A continuación, se presenta el desarrollo de los principales cambios esbozados aunado a los argumentos antes expuestos.

1. Derogatoria del delito de inasistencia alimentaria

El proyecto propone despenalizar el delito de inasistencia alimentaria que se encuentra en los artículos 233 a 235 de la ley 599 de 2000 y solo dejar en el capítulo cuarto del título V, el artículo 236 sobre “malversación y dilapidación de bienes familiares”, definición legal que daría nombre a dicho capítulo.

Como se indicó anteriormente, la congestión en las noticias criminales y judicial conllevan, entre otros aspectos, a desplazar los esfuerzos. Ello deja con menor presupuesto y destinación a la persecución de delitos que revisten una gravedad mayor, como, por ejemplo, aquellos que atentan contra la vida e integridad personal.

Justamente ello ocurre con el delito de inasistencia alimentaria, una de las conductas que más genera denuncias a nivel nacional. A manera de ejemplo, el 6 de junio del año 2022, se habían presentado un total de 24.750 noticias criminales en el transcurso del año; 41.846 noticias presentadas durante el año 2021 y 30.203 durante el año 2020²⁴.

²⁴ Comparativo histórico entradas por delito (Datos de FGN). Ministerio de Justicia y del Derecho – Subdirección de Gestión de Información en Justicia (SGIJ) y Dirección de Política Criminal.



Es decir, en tan solo dos años y medio, hubo poco menos de cien mil denuncias congestionando el sistema penal a pesar de que este conflicto social podría resolverse a través de otras medidas, como podrían ser las propias de la justicia restaurativa o de la jurisdicción de familia. Esa especialidad es mucho más pertinente para abordar este tipo de conflictividad social. En especial, cuando el incumplimiento de las obligaciones alimentarias se comete contra un menor, pues este escenario requiere una mirada diferenciada desde la infancia y la adolescencia. Además, cabe destacar que la especialidad de familia tiene por propósito preservar el bien jurídico de la familia y no disolverlo, como, en efecto, ocurre cuando se utiliza el sistema penal, distanciando a los padres de sus hijos. En este punto, debe considerarse que el desgaste por enfrentar un proceso penal es demasiado significativo para las partes, en especial para las víctimas de este delito. Para estos últimos, es más eficaz una solución encaminada a la reparación y al cumplimiento de las obligaciones y el uso de la justicia restaurativa, antes que la prisión.

En línea con lo anterior, como se indicó en el proyecto de ley “Por medio de la cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones”, el cual, a la postre, fue el proyecto de Ley 014 de 2017, Senado, se tiene que este tipo penal ha sido uno de los delitos a los cuales mayormente se acude como instrumento de presión y a través del cual, incluso, paradójicamente, se profundizan las violaciones a los derechos de las personas que con el delito se pretenden proteger, dado que la privación de la libertad del obligado a responder alimentariamente le genera una justa causa que le impide cumplir con su obligación.

Además de lo anterior, cabe señalar que, si bien la Corte Constitucional ha dado su aval desde el punto de vista de la Carta Política a la existencia del delito de inasistencia alimentaria²⁵, en esa decisión dejó entrever que se trata de una obligación civil. Además, se vislumbra que el juicio sobre la conveniencia o no de la norma debe hacerlo el legislador, en atención a razones de política criminal, que es precisamente lo que se propone con el presente proyecto de ley con miras a que sea descriminalizado. Dijo la Corte:

En esencia, la obligación alimentaria no difiere de las demás obligaciones civiles. Ella presupone (como las otras) la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho, v.gr. el tener descendientes y encontrarse en ciertas circunstancias económicas. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios (...).

El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia

²⁵ Ibid.



(...).

Por su parte, analizado desde el punto de vista de la estructura del delito, debe considerarse que la inasistencia alimentaria requiere que la persona se sustraiga de la obligación sin justificación. Es decir, que tenga los suficientes ingresos como para poder cubrir la obligación alimentaria sin poner en riesgo su propia subsistencia. Esto implica que recaiga en la Fiscalía la obligación de determinar que la persona tenía ingresos suficientes para la época en la cual se cometió el delito. Sin este elemento no puede existir ni condena, ni amenaza de condena. En consecuencia, en aquellos procesos en los cuales no existen ingresos suficientes o no existen, no se pueden probar o existen otras razones que impiden al autor cumplir con la obligación, el derecho penal resulta ineficaz para proteger el bien jurídico.

Lo anterior pone de presente una dicotomía: si la persona no tiene ingresos, ni el derecho penal, ni el derecho civil podrán ayudar a quien requiere los alimentos, en tanto nadie está obligado a lo imposible. En contraste, si la persona tiene los ingresos suficientes, deviene eficaz el derecho civil, dado que los ingresos se pueden embargar por medio de las medidas cautelares propias de esa rama del derecho.

Esto hace que el proceso civil – familia brinde una mejor protección al bien jurídico que el proceso penal. En adición a lo anterior, resulta relevante precisar que el campo del derecho penal no está acompañado desde su inicio de medidas cautelares, en tanto el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal solo permite solicitarlas e imponerlas, por parte del Juez de Control de Garantías, con posterioridad al acto de vinculación. Esto puede tomar años, si es el caso, porque en la mayoría de las ocasiones no se solicitan medidas cautelares. Lo anterior puede tener como consecuencia que, si bien es posible que la persona tenga suficientes ingresos para pagar la obligación, los ingresos sean dilapidados o simplemente gastados por el autor antes de las medidas cautelares, sin que se cumpla con la finalidad de la obligación alimentaria.

En segundo lugar, incluso si el derecho penal logra su finalidad, lo único que ocurriría sería que la persona sea condenada y se le aplique una pena. Sin embargo, no por ello se lograría suministrar alimentos a quien tiene derecho a recibirlos, por lo que, incluso después de la acción estatal, la víctima no se encontraría en una mejor situación que antes de la intervención del derecho penal. Lo anterior atendiendo a que cualquier viso de reparación pecuniaria al interior del proceso penal debe esperar a que la condena quede en firme. En la práctica esto se traduce en que el afectado deba esperar años solo para iniciar un proceso civil (que es la naturaleza del incidente de reparación integral); lo que pudo haberse realizado independientemente del proceso penal desde el primer incumplimiento y acudiendo a la especialidad civil.

Adicionalmente, si en efecto se logra imponer una pena, al condenado se le impone una multa que va de 13.33 a 30 salarios mínimos o de 20 a 37.5 salarios mínimos si



se cometió el delito en contra de un menor. Esto se suma a la posible privación de la libertad, lo que implica que los alimentos jamás serán dados al afectado, no solo porque ahora el autor tiene otra obligación pecuniaria que cumplir (la multa), sino que, al encontrarse privado de su libertad, no puede dedicarse a una actividad económica que le produzca réditos.

Esta es la realidad del delito de inasistencia alimentaria: es una intervención estatal muy estricta en un conflicto que deja a todas las partes insatisfechas. Al autor le da la pena, agravando su situación económica y personal y, a la víctima, no le da posibilidad de reparación, cortando cualquier relación familiar que pudiera existir entre las partes más allá del pago o no de alimentos, lo cual conllevaría a que se termine infringiendo en peor medida el bien jurídico que se busca tutelar. Finalmente, al contribuyente corresponde a pagar no los alimentos del menor, sino los generalmente muchos más costosos “alimentos” que son necesarios para el mantenimiento del infractor penal en prisión.

Incluso, la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia, ha tratado de remediar esta situación. Ha indicado que, a pesar de que una lectura inicial de las normas penales impediría otorgar subrogados penales a los autores de la inasistencia alimentaria, “la no suspensión de la ejecución de la pena imposibilita al condenado el cumplimiento de su obligación alimentaria”²⁶.

De esta manera, la Corte trató de remediar dos problemas causados por la persecución penal de los alimentos, la ruptura de la familia con la privación de la libertad del autor y la falta de pago de alimentos al no poder el autor trabajar si está privado de la libertad. Sin embargo, esto trajo como consecuencia una situación adicional: toda posible disuasión fincada en la pena se desvaneció al determinar que los condenados por este delito no debían ser privados de la libertad, por la prevalencia del derecho de los niños. Con esto, en la práctica, el ser procesado por inasistencia alimentaria no dista demasiado de lo que se propone, esto es, un procedimiento en línea con el principio de fragmentariedad y de mínima intervención.

2. Derogatoria del artículo 103-A del Código Penal

Tal como quedó establecido en el punto anterior, todo comportamiento tipificado en la ley penal debe cumplir con el criterio de necesidad de la pena. En ese sentido, el artículo en mención hace referencia a una conducta que se encuentra protegida a través de varias tipificaciones, lo cual genera antinomias y confusiones por parte del operador jurídico. Vale la pena señalar que el artículo 103-A establece circunstancias de agravación punitiva cuando la conducta de homicidio recae sobre persona menor de 18 años, en este caso el legislador previó que la sanción penal fuera de 480 a 600

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP381-2022. MP. José Francisco Acuña Viscaya.



meses de prisión.

El artículo 103-A fue introducido por la Ley 2098 de 2021, la cual reglamentaba la prisión perpetua y revisable. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable varios de sus artículos dada la inconstitucionalidad de dicha figura. Si bien este artículo quedó intacto —salvo las referencias que tenía a la posibilidad de aplicar la sanción de prisión perpetua y revisable—, hoy en día, al hacer una lectura sistemática del código, no se encuentra un sustento jurídico que justifique un tratamiento distinto, más complejo, cuando la víctima es una persona menor de 18 años. Es decir, cuando se permitió en Colombia la prisión perpetua y revisable, era necesario incluir en el Código penal un artículo que hiciera referencia la aplicación de esta figura. Sin embargo, si dicha pena ya no existe, no se hace necesario diferenciarla de la agravante ya existente en el artículo 104 del Código penal.

Actualmente, la existencia del artículo 103-A genera una confusión jurídica que se hace necesario resolver a través de esta reforma. Se dividirá en dos el argumento para entender más claramente la problemática que se genera. Por una parte, tal como quedó redactado el artículo 103-A, la agravante —que está prevista entre 480 - 600 meses— se da cuando la víctima es una persona menor de 18 años y cuando se da alguna de las circunstancias mencionadas en los numerales. Así las cosas, el operador jurídico no solo debe probar que la víctima es una persona menor de 18 años, sino que además debe probar que el agresor o la víctima cumple alguna de las circunstancias allí descritas. Esto genera una mayor carga probatoria. Además, el artículo 103-A es superfluo, puesto que el artículo 104 cuenta con un numeral que hace referencia a que la víctima de homicidio sea un “menor de edad”, de tal manera que, con la propuesta de este proyecto, queda amparada con la misma sanción que la prevista por el artículo 103-A que se pretende derogar.

3. Derogatoria de los delitos de los artículos 201 (violación a la libertad religiosa), 202 (impedimento y perturbación de ceremonia religiosa), 203 (daños o agravios a persona o cosas destinadas a culto) y 204 (irrespeto a cadáveres) del Código Penal

Al respecto, basta con revisar las cifras extraídas de los sistemas de datos de la Fiscalía General de la Nación²⁷. Se analizaron el número de noticias criminales por delito desde el año 2010 hasta diciembre de 2022. Esta revisión arrojó los siguientes resultados respecto de los delitos de ese título:

En relación con el artículo 201, solo existen 3 registros de imputaciones de este delito en los últimos 12 años. Además, existen 0 sentencias condenatorias por este delito.

²⁷ Cifras extraídas de la base de datos Total de noticias criminales por delito registrados en el Sistema Penal Oral Acusatorio en la Ley 906 de 2004 y Ley 1098 de 2006 desde hechos ocurridos en 2010. Fiscalía General de la Nación-Colombia. Acceso: <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Conteo-de-Procesos/q6re-36rh/data>.



Respecto del artículo 202, se registraron un total de 50 casos para un periodo de 12 años, de los cuales solo 5 han sido imputados y 3 han llegado a una condena. Por su parte, el artículo 203 registra 53 casos, de los cuales ninguno ha sido imputado ni condenado. Finalmente, respecto del delito contemplado en el artículo 204, se reportan únicamente 4 imputaciones de las cuales en 2 casos se logró una condena.

Así, las cifras son claras con relación a este grupo de delitos. Aun cuando quizá tienen un fin loable, no se presentan frecuentemente en el sistema penal.

Además, debe recordarse que el Derecho penal debe intervenir ante violaciones graves a los bienes jurídicos (principio de fragmentariedad). En este sentido, el proyecto pretende su eliminación y que, en caso de darse cualquier tipo de perturbación al sentimiento religioso de las personas o el respecto a los difuntos, ello sea solucionado por medio de los organismos de policía. Lo anterior brindaría una respuesta eficaz y pronta a los afectados.

Ahora bien, como se ha dicho antes, y especialmente en relación con los delitos de los artículos 203 y 204, existen otros tipos penales en donde se podría subsumir el comportamiento criminal. Por tanto, es dable que, en el caso en que se presente un comportamiento de daños a los objetos destinados a un culto o a los símbolos de cualquier religión, se cometa el delito de “daño en bien ajeno” contemplado en el artículo 265 del código penal. Igualmente, en un eventual irrespeto a cadáveres del que trata el artículo 204 se podría presentar el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (artículo 454 B).

4. Derogatoria de los delitos de los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227 y 228 del Código Penal

El proyecto propone derogar los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000, todos ellos pertenecientes al título V “de los delitos contra la integridad moral”, Capítulo Único, dejando dentro de ese capítulo vigente únicamente el tipo penal consagrado en el artículo 226 sobre “injuria por vías de hecho”.

La tipificación de los dos delitos de injuria y calumnia de los artículos 220 y 221 del Código Penal respectivamente no es precisa e inequívoca, pues no detalla los elementos constitutivos del ilícito, lo cual favorece la persecución a ejercicios legítimos de la libertad de expresión. Cuando estos tipos penales expresan “el que haga imputaciones deshonorosas” (artículo 220 CP sobre injuria) o “el que impute a otro falsamente una conducta típica” (artículo 221 CP sobre calumnia), no se detalla taxativamente las limitaciones al derecho de libre expresión. Ello permite que críticas políticas, discursos disidentes, ejercicios periodísticos o pronunciamientos de colectivos de protección de derechos humanos de víctimas sean perseguidos penalmente. El hecho de que estos conflictos se diriman penalmente envía un mensaje coactivo a la sociedad y disuade estos ejercicios de libre expresión connaturales al sano ejercicio de una democracia y de la protección de derechos



fundamentales. Igualmente, un ejercicio racional de la acción penal por parte de la Fiscalía implica que muchos de los casos descritos anteriormente no llegan a la etapa de juicio, pues por ellos no se produce acusación alguna, sino que terminan archivados dada su falta de tipicidad objetiva. Sin embargo, no se debe subestimar el efecto de desaliento en el ejercicio de un derecho constitucional por los costos en los que incurre una persona para defenderse, ni los efectos que pueden generar el hecho de enfrentarse a un proceso penal, así dure poco. Estos elementos, a veces, son suficientes para disuadir la expresión en nuestro país.

Ahora bien, la necesidad de proteger a quienes se les ha causado un daño por imputaciones deshonorosas o falsas imputaciones delictivas se surte de manera muchos más técnica por jueces civiles, quienes son expertos en la tasación del daño y la reparación civil del mismo; sin mencionar que, en el proceso civil, el injuriado o calumniado puede asegurar su reparación de manera mucho más eficiente que en el proceso penal. En este, la solicitud de medidas cautelares se realiza con posterioridad a la vinculación del indiciado, momento para el cual pueden haber pasado años desde la comisión de los hechos. En ese sentido, la jurisdicción civil podría ser más eficaz que la penal, dar resultados antes y proteger de mejor manera, tanto la libertad de expresión como los bienes jurídicos de quienes reciben injurias y calumnias, todo en el marco de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que rigen el derecho penal.

Una motivación adicional, los delitos de injuria y calumnia son considerados como de una muy baja gravedad, de tal manera que no deben ser perseguidos penalmente. Como ya se ha mencionado en otros apartados, el Derecho penal debe brindar una tutela frente a los ataques graves a los bienes jurídicos más importantes.

De otro lado, dado que se trata de delitos querellables, en la actualidad estos delitos se dirimen en su mayoría por la vía de la conciliación. Esto quiere decir que la vía más rápida para dirimir el conflicto que se deriva de esta conducta no es la penal. Es decir, el conflicto no se dirime con la imposición de una sanción penal, sino con la posibilidad de generar canales de comunicación que permitan proteger adecuadamente la honra o el honor de las personas. Además, tal como está previsto hoy en día, se busca, o bien aclarar la situación, o bien establecer la reparación más adecuada para el daño generado, lo cual se puede lograr por la vía civil sin necesidad de poner en marcha el aparato judicial penal.

Igualmente, vale la pena mencionar que estos delitos tienen previstos diversos mecanismos que pretenden evitar sancionar penalmente a las personas que cometen estas conductas. Tal es el caso de la *exceptio veritatis* o la retractación se puede evitar la sanción penal. Ello tan solo es un reflejo de los esfuerzos que ha hecho la doctrina y la legislación para mantener vigente una conducta que claramente no debe estar sancionada con pena de prisión, puesto que, si bien la honra y el honor han de ser protegidos, la amenaza de la pena no parece ser la vía más idónea para hacerlo. Es por ello por lo que se crean figuras que pretenden evitar la imposición de una sanción



que desde el inicio se sabe desproporcional.

Llama la atención que, en los casos en que se da la retractación, el principio de oportunidad o incluso la prescripción, al no existir condena, tampoco hay lugar a la reparación de la víctima. Lo anterior ocurre por cuanto el incidente de reparación integral solo se puede promover una vez se haya emitido sentencia condenatoria y esta haya quedado en firme. Por lo tanto, en estos casos, se produce un déficit de protección de parte del Estado con quien sufre perjuicios como consecuencia del injusto; déficit de protección que, dicho sea de paso, no ocurre en el proceso civil.

Con todo, una retractación antes de la sentencia o una mediación antes del juicio, no evitan todo el desgaste de recursos humanos y pecuniarios que ocurren cuando el Estado se ve en la necesidad de investigar, acusar y llevar a juicio a una persona solo para que, mediante un acto como la retractación, todo este esfuerzo se esfume sin mayor impacto en la criminalidad. En este mismo sentido, el solo hecho de la recepción de una querrela (así sea atípica o caducada) implica para la Fiscalía General de la Nación el trabajo de pronunciarse de fondo mediante un archivo de las diligencias, o en su defecto adelantar una conciliación. Esto último lleva, de suyo, realizar actos para ubicar y citar debidamente al autor, todo lo que implica uso de recursos limitados del Estado.

Por otro lado, la judicialización de este tipo de conductas requiere de elementos estrictos que deben ser probados. Con ello, se atienden los requisitos que para la tipicidad objetiva ha definido la Corte Suprema de Justicia, situación que también pone en jaque la utilidad en términos de política criminal de conservar estos delitos en el Código. De esta manera, en sentencias como la 54.271 del 12 de diciembre de 2019, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció que solo es punible la atribución deshonrosa cuando: (i) el agente tiene conocimiento del carácter deshonroso de la imputación, (ii) esta tiene capacidad de dañar o menoscabar la honra del sujeto pasivo, (iii) es emitida con la intención de injuriar, (iv) el sujeto pasivo es determinado o determinable y (v) no se trata de expresiones contra un grupo de personas de manera general.

Esto implica que muchas de las conductas denunciadas por estos delitos no tienen vocación de éxito alguna, dado que no cumplen los presupuestos que, en el marco de la tipicidad, se han construido jurisprudencialmente para su comisión. Esta situación lleva a que la Fiscalía tenga que destinar recursos a evaluar los hechos y pronunciarse de fondo, por lo que se genera una congestión judicial que puede evitarse. Sin embargo, la anterior situación, que no es conocida por la ciudadanía, no evita que estas situaciones sean denunciadas por las personas, lo que solo se logrará cuando estas conductas desaparezcan del Código Penal.

En conclusión, no se puede subestimar el impacto que tiene para la administración de justicia conservar estas conductas como delictivas y el costo de oportunidad que representa para los fiscales destinar recursos de investigación a este tipo de casos por



encima de otros delitos que impactan de mayor manera la criminalidad en el país.

Pasando a los principios del derecho penal que motivan la adopción de esta medida, tenemos el principio de subsidiariedad. Este ha sido entendido por la doctrina especializada en los siguientes términos: “se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima...”²⁸. Jakobs también resalta que la falta de protección penal a veces deviene de la evolución social, que rechaza ciertas normas, o cuando el comportamiento ya no representa la decepción de expectativas o se reduce.

Por su parte, Roxin indica que: “El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones penales, etc.”²⁹.

En Colombia se maneja un concepto de antijuridicidad mixto. Bajo este, se requiere la antijuridicidad formal y material de la conducta. Esta última, conocida como principio de lesividad. En este marco, la fragmentariedad indica que el derecho penal no debe proteger todos los menoscabos a los bienes jurídicos, sino solo aquellas afectaciones de mayor entidad, aquellas cuyo desvalor de acción y resultado son tales que, puestos en perspectiva junto con el bien jurídico, demandan del Estado una respuesta penal.

Roxin dice: “En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla de la naturaleza fragmentaria del Derecho penal”³⁰.

De esta manera, no se desconoce que existe un desvalor de acción de quien se comporta realizando una atribución deshonrosa, así como puede existir un desvalor de resultado mediante la afectación del buen nombre del sujeto pasivo. Sin embargo, se considera que este menoscabo no es de tal entidad como para requerir la intervención del derecho penal, como sí ocurre con el delito de injuria por vías de hecho, en el cual la afectación a la honra, al producirse por medios físicos, puede llegar a ser mucho mayor. Son estos desvalores los que hacen aconsejable su punición.

²⁸ Jakobs, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da edición. Martal Pons: Madrid, 1997. P. 60.

²⁹ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Cvitas. P. 65.

³⁰ Ibid.



En consecuencia, y considerando que se descriminalizarían estas conductas, no existiría justificación para conservar los artículos 226 y 229 del Código Penal, en cuanto se trataba de reglas especiales a seguir cuando los comportamientos de injuria y calumnia se producían en el marco de ciertas circunstancias y tenían como finalidad sustraerlos del conocimiento penal. Por consiguiente, al dejar de ser una conducta punible cualquier injuria y cualquier calumnia, se pierde el sentido de estas dos normas.

Igualmente, se propone derogar los artículos 223, 224 y 225, dado que se tratan de reglas que se siguen para estos dos delitos y ya no tendrá sentido conservarlos en el ordenamiento jurídico penal. El artículo 223 graduaba la pena en los casos en que la injuria o la calumnia se realizaba por medios públicos o dirigidas directamente al sujeto pasivo de la conducta. El artículo 224 regulaba la excepción de verdad, causal de extinción de la acción penal a favor de quien podía probar la verdad de sus afirmaciones. Y el artículo 225 se refería a la retractación, que también extinguía la acción penal cuando el autor se desdecía en sus afirmaciones antes de la sentencia de primera instancia.

Se podría considerar que tiene utilidad la conservación de estos artículos teniendo en cuenta que no se derogará el delito de injuria por vías de hecho. Sin embargo, por la naturaleza de esta conducta se observa que estas disposiciones no tienen aplicación a él. Lo anterior se concluye dado que, como no es posible hacer una injuria por vías de hecho mediante un escrito dirigido exclusivamente al ofendido, no tiene sentido considerar si es posible probar la verdad o falsedad de una injuria por vía de hecho. Del mismo modo, no es posible retractarse de su realización, como si podía ocurrir con una afirmación realizada verbalmente.

En lo relacionado con la derogación del artículo 222, no solo es un tipo de injuria especial, que desaparecerá como accesorio del principal, sino que es precisamente el artículo que mayor aplicación tiene cuando se trata de coartar indebidamente la libertad de expresión de quien realiza denuncias o las reporta. Esto en tanto pretende penar a quien reproduce las injurias sin haberlas emitido originalmente. De esta manera, tanto los medios de comunicación como los ciudadanos se ven expuestos a que mediante este artículo se les persiga penalmente por la puesta en conocimiento del público de denuncias o hechos de interés nacional, lo que permite que el derecho penal sea un instrumento de ofuscación de la verdad y no uno de aproximación razonable a ella.

Se propone que el delito de “injurias por vías de hecho” subsista dentro de este capítulo único, y que sea modificado para facilitar su redacción, sin hacer referencia a los delitos derogados.

5. Derogatoria del delito de incesto.

El proyecto de ley propone derogar el artículo 237 de la ley 599 de 2000 cuyo título es “del incesto”. Este tipo penal pretende penar a quienes realizan actos sexuales o



realizan un acceso carnal con una persona con la que tengan un parentesco cercano. El bien jurídico cuya protección se pretende proteger es la familia o, dicho de otro modo, la idea de una familia conformada con arreglo de las normas jurídicas y siguiendo la idea de una moralidad pública que recoge el derecho.

Por consiguiente, la idea de familia que defiende este tipo penal es doble. Por un lado, pretende que quienes ya son familia no puedan relacionarse de forma sexual. Por otro, que quienes van a conformar una familia o van a adentrarse en relaciones sexo-sentimentales, no sean parientes. Así se protege no solo la familia actual, sino la conformación de una familia potencial y a los potenciales descendientes de esa unión.

Esta aversión social pretende evitar que hermanos, padres e hijos, abuelos y nietos, etc., realicen actos de naturaleza sexual, así sean voluntarios y se trate de dos adultos con capacidad para consentir. Esto es una expresión del concepto de tabú, definido este como una práctica que genera rechazo social y que no debe ser realizado, discutido, ni debe realizarse una asociación con él³¹.

Una vez se ha dicho esto, cabe preguntarse si el derecho penal es la mejor manera de lograr desincentivar esa práctica y transmitir el mensaje de que ese tipo de comportamientos no gozan con la aceptación social. En sus comienzos, el derecho penal estaba íntimamente atado al concepto de tabú, de tal manera que todo lo que resultaba rechazado por la sociedad o la tribu se convertía en un crimen y debía ser penado. Los avances del derecho penal liberal lograron desligar el derecho penal de la moral pública y del rechazo de la sociedad, llevando a un entendimiento según el cual no todo lo que está mal desde el punto de vista ético, y no todo lo que genera un rechazo social, debe convertirse en un crimen. Así nacieron los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y ultima ratio ya discutidos.

En este sentido, se considera que no rinde utilidad social ni penal dotar de consecuencias jurídicas a esta práctica, sin indicar que ésta deba ser aceptada o que es correcta. En este sentido, la descriminalización no es una aceptación del Estado de un comportamiento, ni una manera del legislador de promover una conducta. Es simplemente el reconocimiento de que la protección que el derecho da a un bien jurídico puede darse por otros mecanismos, otras ramas del derecho u otras políticas públicas.

Así las cosas, se debe preguntar si el delito de incesto cumple con alguna finalidad, o si, por el contrario, genera más problemas, dado que dota de consecuencias penales una conducta que, por más reprochable que resulte socialmente, pertenece al ámbito

³¹ El incesto como tabú ha sido desarrollado con suficiencia en campos como la psicología, la antropología, el derecho, entre otros, por autores como Freud (Tótem y tabú), Levi-Strauss (Las estructuras elementales de la filiación) y Mark Erickson (La evolución de la evitación del incesto: Edipo y las psicopatologías de la filiación). Desde el punto de vista del derecho existen ejemplos como: Pavez Soto Iska. El incesto como tabú y la liberación de la víctima.



privado de adultos que consienten.

¿Qué finalidad cumple en la sociedad actual que quien cometa un incesto sea condenado a una pena de prisión? ¿Qué finalidad reporta que quien realiza un acto voluntario con un adulto en capacidad de consentir se convierta en un delincuente, tenga antecedentes penales, y sufra las consecuencias que las personas que han sido condenadas, en su condición de pospenados, deben afrontar?

Dado que en parte este ocurre en la intimidad de dos personas que tratan de mantenerlo oculto y que es tan grande el rechazo social de este tipo de comportamientos que la mayoría de la disuasión está representada por la sanción social, se considera que es muy poco el efecto disuasivo del delito de incesto. Por otro lado, no es mucha la resocialización que se deba lograr con la pena, en tanto una reinserción se completaría con la interiorización de los sujetos activos de que la sociedad de la que hacen parte no está de acuerdo con sus expresiones sexuales. Lo que sí puede ocurrir con el delito de incesto es que el bien jurídico que se pretende resguardar termine por afectarse, en tanto la privación de la libertad de dos miembros de la familia puede afectar el funcionamiento familiar mucho más que su relacionamiento indebido.

En contraste, hay otras políticas públicas, como la educación, que pueden de mejor manera reducir la prevalencia de este comportamiento, como exponer las dificultades que pueden darse para los hijos de las personas que son familiares cercanos. Además, esta situación materializa la intención preventiva que debe tener la política pública, la cual no solo puede limitarse a castigar.

En definitiva, se considera que, por mucho que genere rechazo social, el incesto no tiene un sentido delictivo que motive su consideración en el Código Penal, en tanto, como se ha repetido varias veces, se trata del comportamiento de adultos en ejercicio de su voluntad. Por el contrario, un comportamiento semejante, en el cual no medie el consentimiento o en el que una de las dos personas no pueda consentir, sí tiene sentido delictivo y no quedaría desprotegido penalmente. Para esta situación, estaría instituido en el numeral 4 del artículo 211 del código penal, que expresa que las conductas tipificadas en los artículos 205 a 210A (referidos a los delitos sexuales violentos y abusivos) se agravan cuando “se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil (...)”. También encontramos el artículo 211A, inciso a, de ese mismo código, que señala igualmente que las conductas tipificadas en los artículos 205 a 210A se agravan cuando “El autor se haya aprovechado de una relación de superioridad, deber de cuidado o parentesco con la víctima, por ser su pariente hasta el cuarto grado de consanguineidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Por demás, la despenalización del incesto hará que Colombia esté en compañía de varios países latinoamericanos y del primer mundo que tampoco consideran esta conducta un delito, como Argentina (que nunca lo ha considerado un delito), Brasil,



Portugal, España, China, Japón, Rusia, Suecia y Holanda. La mayoría de estos países han mantenido las prohibiciones civiles para contraer matrimonio con parientes, pero han dejado la disuasión del incesto al reproche social.

6. Derogatoria del delito del artículo 238 (supresión, alteración o suposición del estado civil) del Código Penal

El proyecto pretende la derogatoria del artículo 238 del Código Penal, dado que existen razones técnicas para hacerlo y es un tipo penal innecesario desde el punto de vista de la realidad.

Se trata de una conducta punible cuya represión y castigo ya se encuentra en la normatividad penal a través de los delitos de falsedad (ideológica o material) de documento público contenidos en los artículos 286 y 287 del Código Penal o de fraude procesal que está definido en el artículo 453.

Sin duda alguna, los bienes jurídicos que con los comportamientos descritos en el artículo 238 se afectan corresponden al de la fe pública y al de la administración pública más que al de la familia, como está hoy erradamente establecido en el Código Penal. Además, la doctrina advierte que el mencionado artículo 238 busca sancionar la conducta del denominado “padre complaciente”. Por ello, frente a ese comportamiento, se sostiene que opera una ausencia de antijuridicidad material, como quiera que los menores que son objeto de reconocimiento como hijos sin serlo gozan de especial protección. En consecuencia, la protección de los derechos de un menor, así se derive de una falsa filiación, no puede derivar en responsabilidad penal, pues el padre complaciente, mediante ese acto, asume como propio un deber constitucional que el padre biológico no ha asumido y por ello no puede ser objeto de reproche punitivo.

Adicionalmente, de los 448 casos reportados en casi doce años, únicamente 24 han sido imputados y 10 han logrado una condena. Por lo tanto, los números de comisión son bastante insignificantes desde una perspectiva macro³².

7. Derogatoria del delito de emisión y transferencia ilegal de cheque (artículo 248, Código Penal)

El delito de emisión y transferencia ilegal de cheque cobija una conducta que encuentra respuesta en el ordenamiento civil o comercial, dado que el supuesto de hecho penado es el incumplimiento de una obligación de derecho privado mediando un título valor que contiene una orden incondicional de pago. Es claro que debe ser en

³² Cifras extraídas de la base de datos Total de noticias criminales por delito registrados en el Sistema Penal Oral Acusatorio en la Ley 906 de 2004 y Ley 1098 de 2006 desde hechos ocurridos en 2010. Fiscalía General de la Nación-Colombia. Acceso: <https://www.datos.gov.co/Justicia-y-Derecho/Conteo-de-Procesos/q6re-36rh/data>.



esa jurisdicción, y no en la penal, en donde se deba establecer la consecuencia para quien emita o transfiera un cheque sin fondos o para quien, después de girarlo, da orden injustificada de no pago. Es tan claro que se trata de un tema del resorte del derecho privado, que en el artículo 248, que hoy se propone se despenalice. Se establece que “la acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia”. Por esto, otra de las razones que justifican esta propuesta se encuentran en la naturaleza de *ultima ratio* del derecho penal, pues es este el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir una actuación en la medida que éste tiene la vocación de afectar los intereses esenciales de la sociedad.

Adicionalmente, dada la rápida evolución que viene teniendo el sistema bancario y financiero las transacciones electrónicas y virtuales, cada vez es menos frecuente el cheque como medio de pago. Por tanto, el objeto de protección penal ha perdido vigencia, mucho más si, como ya se dijo, existe en otros ordenamientos que ofrecen respuesta para el ciudadano frente a estas conductas sin necesidad de la consagración de un delito.

8. Derogatoria del delito de elección ilícita de candidatos (artículo 389-A del Código Penal)

El Estado colombiano debe dar cumplimiento a una de las medidas de no repetición ordenadas por la Corte Interamericana en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, del 8 de julio de 2020. De hecho, la derogatoria de este Artículo se justifica, entre otras razones, por dicho mandato internacional.

En el punto resolutivo número 8 de dicha sentencia, la Corte le ordenó al Estado colombiano “adecuar su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en esta Sentencia, en los términos de lo dispuesto en el párrafo 154.” Este párrafo remite a su vez al párrafo 116 que, en lo pertinente, indica:

[Q]ue el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017 [el cual introdujo el delito de elección ilícita de candidatos], en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión, constituye un incumplimiento del Artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 2 del mismo instrumento.

Adicionalmente, en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento del caso *Petro vs. Colombia*, del 25 de noviembre de 2021, la Corte Interamericana en su párrafo 32, consideró que “se encuentra pendiente de cumplimiento esta adecuación normativa, ya que aún no se ha adoptado ninguna medida para adecuar el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017”. Por lo que definió, en el resolutivo tercero: “Disponer que el Estado de Colombia adopte, en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a las reparaciones indicadas en el punto resolutivo anterior.” Entre ellas, la garantía de no repetición, consistente en



adecuar el derecho interno mediante la modificación del artículo que hoy se persigue derogar.

Esta medida ya había sido intentada, sin éxito, en el proyecto de ley 507 de 2021 Cámara “Por la cual se adoptan medidas de garantía en los procesos contra funcionarios de elección popular, en materia de lucha contra la corrupción y por violaciones a los derechos humanos”. Un proyecto de ley que fue presentado, en enero de 2021, por el entonces Procurador General, Fernando Carrillo Flórez. El proyecto fue archivado por tránsito de legislatura, tras recibir ponencia negativa para primer debate, presentada el 25 de marzo de 2021 y publicada en la Gaceta del Congreso 211/21, del 30 de marzo de 2021 (ver p. 21).

Esta derogatoria permitirá cumplir las obligaciones del Estado colombiano adquiridas al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En concreto, encontramos: (i) la obligación general de adecuar el derecho interno al derecho internacional, establecida en el artículo 2 de dicho tratado; (ii) la obligación especial en materia de derechos políticos, según la cual el ejercicio de estos derechos debe ser reglamentado por la ley “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal”, establecida en su artículo 23.2; y (iii) la obligación de cumplir los fallos de la Corte Interamericana, establecida en el artículo 68.1 del mismo tratado.

Finalmente, en esta oportunidad, se insiste en la derogatoria de dicho artículo, dado que, además de las razones anteriores, se estima que existen otras alternativas jurídicas y no jurídicas para prevenir, inhibir y dejar sin efectos, las elecciones de servidores públicos de elección popular que estén legalmente inhabilitados. Si, como lo creemos firmemente, el derecho penal es y debe ser la última ratio, este tipo de conductas no deberían ser inhibidas, corregidas, o sancionadas por el derecho penal.

9. Derogatoria del delito de aceptación indebida de honores (artículo 462, Código Penal)

Otro de los delitos que el proyecto de ley pretende eliminar es aquel consagrado en el artículo 462 de la Ley 599 de 2000, denominado “aceptación indebida de honores”. De acuerdo con dicho artículo, “el colombiano que acepte cargo, honor, distinción o merced de Estado en hostilidad, guerra o conflicto armado con la patria, incurrirá en multa”.

Cabe aclarar que dicho artículo hizo parte del catálogo de delitos inicial de la Ley 599 de 2000 y se ubicó en el Título XVII en protección del bien jurídico de la existencia y seguridad del Estado. No obstante su vigencia desde el año 2000, su aplicación ha sido prácticamente nula.



Al respecto, basta con revisar las cifras extraídas de los sistemas de datos de la Fiscalía General de la Nación³³, en donde se analizaron el número de noticias criminales por delito desde el año 2010 hasta el 3 de octubre de 2022. Los siguientes resultados fueron arrojados respecto del delito de aceptación indebida de honores:

Solo existen 4 registros de denuncias de este delito en los últimos 12 años. La totalidad de ellas se encuentran inactivas, sus fechas de presentación y comisión de hechos son el 2010, 2012, 2013 y 2016. En ninguna hubo imputación, presentación de escrito de acusación o condena.

Lo anterior nos muestra cómo el delito en mención tiene una entrada en la Fiscalía de 0,3 casos al año aproximadamente. Igualmente, de esos 0,3 casos que entran, el 100% no terminan en una imputación o sentencia condenatoria. Además, desde hace 6 años, no se presenta una denuncia por este delito.

En sentido similar, se encuentran cifras obtenidas de la Policía Nacional de Colombia. En esta institución, una vez consultada la base de datos del Sistema de Información Estadístico Delincuencial, Contravencional y Operativo SIEDCO, en un periodo de búsqueda del 01 de enero al 31 diciembre de 2019-2021 y del 01 de enero al 23 de octubre de 2022, se indicó que no se encontraron registros de capturas por el delito de aceptación indebida de honores.

Dicho lo anterior, es posible concluir que el delito que se pretende eliminar es un delito inoperante en Colombia, porque no hay hechos frecuentes que, en la vida real, se enmarquen en este. El delito no es denunciado, ni mucho menos judicializado.

En línea con lo avanzado al inicio de este capítulo respecto a los delitos inoperantes, es importante reiterar, que su eliminación se hace indispensable por las siguientes razones:

En primer lugar, son reproches sociales de conductas que en realidad no ocurren u ocurren en un número extremadamente reducido de casos. No puede el derecho penal tipificar conductas prácticamente inexistentes.

En segundo lugar, se trata de delitos que van en contra de la simplificación de las normas. Es decir, son preceptos normativos que, aunque vigentes, no se aplican y por lo tanto complejizan la lectura e interpretación de la Ley 599 de 2000 sin ningún propósito. Por ello, es importante que existan iniciativas legislativas que los depuren para así simplificar los textos normativos.

Finalmente, desde el punto de vista del análisis político criminal, la eliminación de tipos penales inoperantes genera menos congestión en los sistemas de información de las

³³ Ibid.



diferentes entidades. Se trata de categorías que pueden ser eliminadas y, por lo tanto, simplifican los sistemas de datos y evaluación de cifras que en materia penal se requieren.

CAPÍTULO II. AJUSTES AL RÉGIMEN DE ACCESO A BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS Y SUBROGADOS PENALES Y FORTALECIMIENTO DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y LA REINSERCIÓN SOCIAL

Decíamos en la introducción que, con esta propuesta legislativa, el Ministerio de Justicia y del Derecho busca hacer un tránsito de un modelo encarcelador a un modelo resocializador. Afirmábamos que esto no puede hacerse sin una efectiva y minuciosa selección de las personas condenadas que deben purgar su pena intramuralmente. En otras palabras, este tránsito no puede hacerse sin un filtro amplio que permita que las alternativas a la prisión domiciliaria cobren una función protagónica y que la prisión intramural solo sea utilizada como *última ratio*.

En defensa de los mecanismos alternativos a la pena, decíamos que estos no solo tenían costos de operación ínfimos, comparados con la prisión intramural. También manifestábamos que estos cumplían mejor con el principal fin de la pena en fase de ejecución, pues estudios internacionales y nacionales mostraban menores tasas de reincidencia.

Cubierta la argumentación frente a este punto, nos enfocaremos en exponer porqué es necesario no solo fortalecer el régimen de alternatividad penal sino el tratamiento penitenciario y la reinserción social. Hecho esto, detallaremos todo el paquete de medidas que se anuncia en el título.

La Corte Constitucional ha establecido que la ejecución de las penas, en el marco del Estado Social de Derecho y de la dignidad humana, debe regirse por el fin de reintegrar a la persona a la vida en comunidad. En concreto, la sentencia C-261 de 1996 estableció que:

(...) durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º).

Por medio de la comprensión del derecho a la resocialización como garantía fundamental de las personas privadas de la libertad, la sentencia T-009 de 2022 de la Corte Constitucional consagra obligaciones específicas para el Estado, y recuerda, a su vez, su posición de garante, del siguiente modo:

El Estado tiene el deber de asegurar todas las condiciones necesarias para su efectiva resocialización. De manera que esta es una finalidad íntimamente atada a la pena de



prisión, la cual se deriva del reconocimiento de la dignidad humana y, por lo tanto, pretende brindar condiciones para las plenas potencialidades de todos los seres humanos, las cuales no se anulan como consecuencia de la infracción de la ley penal ni por el cumplimiento de la pena de prisión. En consecuencia, el Estado, en general, y las autoridades penitenciarias, en particular, deben brindar a los internos alternativas que incentiven en ellos el desarrollo de una vida en condiciones dignas en su reincorporación a la comunidad.

En esta misma línea, el artículo 4 del Código Penal señala que la reinserción social es uno de los fines de la pena. El artículo 9 del Código Penitenciario y Carcelario, por su parte, señala como fin fundamental de la pena la resocialización, consignando, a su vez, la necesidad de un tratamiento penitenciario progresivo para poder conseguir tal finalidad.

Respecto a la idea de la progresividad del tratamiento, esta implica un entendimiento del ser humano que parte de valorar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana y de reconocer la responsabilidad del delito cometido, su daño. Lo anterior ofrece la oportunidad de reflexionar sobre las consecuencias del delito y asumir la responsabilidad de ir reinsertándonos a la sociedad de la que somos parte. La progresividad denota que no estamos ante cambios bruscos ni inmediatos. Esta señala un complejo proceso constituido de ensambles, aciertos y desaciertos en el cual el sujeto demuestra que se está alejando del hecho que ocasionó la privación de la libertad y, en su lugar, se está acercando a la posibilidad de regresar a la vida libre como alguien responsable que se alejará del delito y buscará un lugar desde el cual aportar a su familia, comunidad y sociedad. Llegados a este punto, podemos ver cómo hace sentido que el tratamiento penitenciario progresivo tenga como objeto, de acuerdo con los artículos 142 y 143 de la Ley 65 de 1993, “preparar a la persona que se encuentra privada de la libertad para el momento en el que la recobre, a través de la educación, el trabajo y otras actividades”.

Visto lo anterior, podría decirse que: (i) el tratamiento penitenciario progresivo es necesario para la resocialización; (ii) la resocialización es necesaria para que la ejecución de la pena sea respetuosa de la dignidad humana; (iii) un innegociable trato conforme a la dignidad humana para todos y cada uno de los asociados es un eje transversal a nuestra Constitución Política, a la idea de ser un Estado Social de Derecho y, en general, a nuestro proyecto social.

En este contexto, conocidas las aspiraciones normativas que hemos señalado, hay una pregunta que debemos hacernos ineludiblemente. ¿Qué tan preparados estamos en Colombia para brindar a las personas privadas de la libertad un tratamiento penitenciario progresivo que garantice su derecho a la resocialización?

La respuesta que la Corte Constitucional ha dado a esta pregunta, en la Sentencia T-762 de 2015, que ratifica el estado de cosas inconstitucional, es clara:



Es importante recalcar que la política criminal colombiana perdió de vista el fin resocializador de la pena privativa de la libertad, en tanto, el sistema previsto para su ejecución está en una profunda crisis humanitaria. Por ello es necesario que todas las entidades estatales involucradas retomen la resocialización como su enfoque principal (...) el esfuerzo por la resocialización del delincuente y por su incorporación a la vida en sociedad después de su castigo, se traduce en beneficios para la comunidad. Por el contrario, abandonar tal enfoque hace que el sistema penitenciario y carcelario se convierta en un sistema multiplicador de conflictos que genera más y “mejores” delincuentes (la cárcel como universidad del delito), lo que finalmente termina siendo más costoso para el conglomerado social. Fijada la atención en el último comentario de la Corte Constitucional, debe insistirse en que una política de encarcelamiento masivo es insostenible para la sociedad colombiana. No hay razones jurídicas, económicas, prácticas, ni de cualquier otra índole, que justifiquen que los contribuyentes tengan que asumir una “contribución” de \$2.591.636 mensuales para que las personas privadas de la libertad asistan a una “universidad del delito”. No puede ser que los contribuyentes tengan que pagar una de las dos o tres “universidades” más caras del país para formar “más y «mejores» delincuentes” que, cuando salgan, los pongan en peligro.

Aunque, como se ha señalado repetidamente, una de las principales causas de la profunda crisis humanitaria que se vive en el sistema penitenciario y carcelario colombiano está en el hacinamiento. Éste va a ser tratado principalmente a través de estrategias como la despenalización de ciertas conductas, el fortalecimiento del principio de oportunidad, la mediación, los mecanismos alternativos a la medida de aseguramiento, y a la pena de prisión intramural. Lo cierto es que permanecerán decenas de miles de personas en las cárceles y habrá que brindarles herramientas para garantizar que su tiempo en prisión no obstaculice, sino que garantice, su reingreso a la sociedad y a sus respectivas comunidades.

¿Cuáles son los factores que inciden en que las cárceles sean “universidades del delito”? ¿Cuáles son los factores que hacen que la prisión obstaculice la reinserción social? En un estudio realizado por Iturralde, Santamaría y Uribe, se une el siguiente diagnóstico a una alternativa de tratamiento:

Cárceles de gran tamaño, hacinadas, con pésimos servicios e infraestructura, además de aisladas de la sociedad, no están en condiciones de cumplir con su fin primordial. El régimen penitenciario debe dejar de enfocarse en un régimen cerrado y securitario para dar paso a regímenes semi-abiertos y abiertos (por medio de actividades educativas, de capacitación y laborales), en la medida en que la población privada de la libertad progrese en su tratamiento penitenciario, de forma tal que su reingreso a la sociedad sea más fluido y menos traumático.

Mediante este proyecto de ley, el Ministerio de Justicia y Derecho busca hacer diversas reformas. Esto se realizará con el fin de crear beneficios administrativos y mecanismos sustitutivos y suspensivos de la pena que se encuentren en una estrategia encaminada a brindar garantías a las personas privadas de la libertad. Con ello, éstas tendrán un reingreso a la sociedad más fluido o gradual y menos traumático. A través



de una articulación entre el fortalecimiento de las alternativas a la pena, el mejoramiento del capital humano, vía programas de redención, y el escalamiento progresivo de la reinserción de la población reclusa en sus círculos familiares, laborales, comunitarios, etc., se volverá a enfocar la ejecución de la pena en su finalidad legítima: garantizar que el penado tenga unas herramientas que le permitan retornar a la sociedad de modo en que esta se engrandezca con sus aportes positivos.

Puntualmente, para girar hacia un modelo en el que se busca el uso habitual de las medidas alternativas al encarcelamiento, salvo en casos de criminalidad grave, muy grave o reincidente, y en el que el encarcelamiento en estos casos no tiene un fin meramente incapacitante, las medidas concretas que se proponen en el presente proyecto son las siguientes:

1. Se propone ampliar el alcance de los requisitos objetivos de acceso a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 63 del Código Penal) y a la prisión domiciliaria contemplada en el artículo 38B del Código Penal. Para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se deberá tener una pena efectivamente impuesta igual o inferior a seis (6) años –actualmente solo se accede con penas iguales o inferiores a cuatro (4) años–. Por su parte, para acceder a la prisión domiciliaria del 38B del Código Penal, la sentencia condenatoria deberá recaer sobre conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de doce (12) años de prisión o menos – actualmente solo acceden penas mínimas iguales o inferiores a ocho (8) años–. Estos cambios mejoran la salud y eficacia del sistema de mecanismos alternativos al encarcelamiento, pues con estos nuevos requisitos de acceso, más amplios, se vuelve a posibilitar el uso considerable de estas figuras que se había ido limitando gracias a la enorme inflación punitiva de las últimas décadas.

2. El artículo 68A ha hecho que una gran cantidad de personas privadas de la libertad no tengan un tratamiento penitenciario progresivo. Al eliminar de tajo la posibilidad de que los reincidentes y los condenados por un amplio número de delitos puedan tener acceso a diversos subrogados y beneficios administrativos, se han desactivado todos los recursos o mecanismos que hacen posible un reingreso a la sociedad más fluido y menos traumático. Este artículo, que ha ido ampliando su catálogo de delitos excluidos, no solo ha beneficiado al hacinamiento al afectar inmensamente el flujo de salida, sino que ha normalizado el hecho de que la política criminal se pueda enfocar en la mera incapacitación de los delincuentes. A los cobijados por el 68A se les almacena en bodegas llamadas cárceles para aislarlos del pacto social. Su derecho al tratamiento penitenciario progresivo está legalmente deshabilitado. El proyecto busca modificar esta situación al modificar este artículo: (i) retirar algunos delitos que, por no ser parte de la criminalidad grave, muy grave o reincidente, podrían abordarse a partir de mecanismos alternativos a la pena de prisión; (ii) sacar de las exclusiones los beneficios administrativos que resultan estrictamente necesarios para garantizar la progresividad del tratamiento penitenciario; (iii) llevar el alcance del concepto de reincidencia a sus justas proporciones, al exigir que las exclusiones del 68A solo se apliquen cuando “existe una relación suficiente entre el delito anterior y el actual”.



Adicionalmente, se aclara que: “no se entenderá por reincidente quien haya cometido alguno de los dos (2) delitos en las condiciones de marginalidad del artículo 56 del presente código”.

3. Superados estos obstáculos, se fortalecerá y ampliará el alcance de diversos beneficios y subrogados para que queden articulados en una estrategia que privilegie la progresividad y genere una fluida y paulatina reinserción social del penado. Como quiera que esto impactará a personas privadas de la libertad que han cometido (i) delitos graves, (ii) muy graves o (iii) son reincidentes, el tratamiento será diferenciado y el acceso a beneficios y subrogados se desarrollará dentro de las siguientes categorías:

a. Delitos no restringidos. Son la generalidad de los delitos contemplados en la parte especial del Código Penal. Estos permiten el acceso a los siguientes beneficios y subrogados en los siguientes tiempos:

- i. Suspensión de la ejecución de la pena: al momento de impuesta sentencia condenatoria, y si cumple requisitos de no reincidencia y pena impuesta menor a 6 años.
- ii. Prisión domiciliaria art. 38-B Código Penal: al momento de impuesta sentencia condenatoria, y si cumple requisitos de no reincidencia y pena mínima prevista en la ley igual o menor a 12 años.
- iii. Permiso de 72 horas: 25% de pena cumplida.
- iv. Permiso de fines de semana: 40% de pena cumplida.
- v. Prisión domiciliaria art. 38-G Código Penal: 50% de pena cumplida.
- vi. Libertad preparatoria (en caso de negarse la prisión domiciliaria): 50% de pena cumplida.
- vii. Libertad condicional: 60% de pena cumplida.
- viii. Franquicia preparatoria (en caso de negarse la prisión domiciliaria): 60% de pena cumplida.

b. Delitos restringidos. Son los delitos que se encuentran en el listado actualmente contemplado en el segundo inciso del artículo 68-A del Código Penal, a excepción de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, otras graves violaciones de derechos humanos o delitos dolosos contra la Administración Pública, salvo que se trate de los delitos de omisión de agente retenedor o recaudador, revelación de secretos o los contenidos en el Capítulo 10 del Título XV, o delitos sexuales. Se accede a los siguientes beneficios y subrogados en los siguientes tiempos:

- i. Permiso de 72 horas: 25% de pena cumplida. Permiso de fines de semana: 40% de pena cumplida.
- ii. Prisión domiciliaria art. 38-G Código Penal: 50% de pena cumplida.



Libertad preparatoria (en caso de negarse la prisión domiciliaria): 50% de pena cumplida.

- iii. Libertad condicional: 60% de pena cumplida.
- iv. Franquicia preparatoria (en caso de negarse la prisión domiciliaria): 60% de pena cumplida.

Es importante anotar que para estos delitos la concesión de los beneficios y subrogados estará condicionada a las certificaciones favorables que otorguen el Consejo de Tratamiento y Atención social penitenciario y del Consejo de Disciplina.

c. Delitos altamente restringidos. Se trata de los crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, otras graves violaciones de derechos humanos o delitos dolosos contra la Administración Pública, salvo que se trate de los delitos de omisión de agente retenedor o recaudador, revelación de secretos o los contenidos en el Capítulo 10 del Título XV y los delitos sexuales. Se accede a los siguientes beneficios y subrogados en los siguientes tiempos:

- i. Permiso de 72 horas: 35% de pena cumplida (salvo por delitos sexuales, que no acceden a este permiso).
- ii. Permiso de fines de semana: 50% de pena cumplida (salvo por delitos sexuales, que no acceden a este permiso).
- iii. Prisión domiciliaria art. 38-G Código Penal: 60% de pena cumplida (salvo por delitos sexuales, que no acceden a este subrogado).
- iv. Libertad preparatoria (en caso de negarse la prisión domiciliaria): 60% de pena cumplida (salvo por delitos sexuales, que no acceden a este permiso).
- v. Libertad condicional: 70% de pena cumplida.
- vi. Franquicia preparatoria (en caso de negarse la libertad condicional): 70% de pena cumplida (salvo por delitos sexuales, que no acceden a este permiso).

Para estos delitos, la concesión de los beneficios y subrogados estará condicionada a las certificaciones favorables que otorguen el Consejo de Tratamiento y Atención social penitenciario y del Consejo de Disciplina.

d. Delitos excluidos. Se trata del listado de delitos contemplados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, cuya vigencia no se pretende afectar de ningún modo.



Este incluye delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Frente a estos delitos, no procede ni procederá ningún beneficio administrativo ni subrogado penal.

4. Para facilitar la implementación del tratamiento penitenciario progresivo y diferencial que se acabó de explicar, se harán modificaciones a las fases de tratamiento penitenciario. Desde su denominación, estas enseñarán que la preocupación debe estar dada por analizar las medidas de tratamiento que necesita el penado en cada momento, más que por el nivel de seguridad que se requiere para su control. De igual manera, el rediseño de estas fases permitirá una mejor articulación entre la preparación para la libertad que se realiza en la mitad final de la ejecución de la pena y las actividades que se realizan una vez que el penado haya cumplido su condena definitivamente. Las fases de tratamiento serán entonces las siguientes:

- a. **Primera fase.** Observación, diagnóstico y clasificación del interno, que no durará más de 3 meses.
- b. **Segunda fase.** Fase interna de preparación para la libertad.
- c. **Tercera fase.** Fase intermedia de preparación para la libertad.
- d. **Cuarta fase.** Fase externa de preparación para la libertad, que coincidirá con la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal.

5. En otras medidas claves y prioritarias, también para fortalecer el tratamiento penitenciario progresivo, se modificará el art. 64 del Código Penal. Se eliminará de este artículo, que regula el mecanismo suspensivo de la libertad condicional, la expresión “previa valoración de la conducta punible”. Esta modificación acogerá legislativamente los positivos avances jurisprudenciales en la materia de parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal³⁴. Con ello, además, permitirá que el estudio

³⁴ La Corte Suprema de Justicia, en la evaluación de la concesión del beneficio de la libertad condicional, resalta la importancia del fin y proceso de la resocialización, inclusive por encima de la valoración de la conducta punible cometida. En otras palabras, ante un proceso exitoso de tratamiento penitenciario durante la purga de la pena, resulta de menor relevancia la conducta reprochable por la cual se está privado de la libertad. Al respecto el Auto AP3348- 2022] defiende que: “La previa valoración de la conducta no puede equipararse a exclusiva valoración, sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en cuenta por el funcionario judicial de conocimiento. Si así fuera, el eje gravitatorio de la libertad condicional estaría en la falta cometida y no en el proceso de resocialización. Una postura que no ofrezca la posibilidad de materializar la reinserción del condenado a la comunidad y que contemple la gravedad de la conducta a partir un concepto estático, sin atarse a las funciones de la pena, simplemente es inconstitucional y atribuye a la sanción un específico fin retributivo cercano a la venganza”. En sentido similar, la Corte Suprema de Justicia en el Auto AP 2977-2022 relaciona el proceso intramural como un conglomerado de vivencias que tienen por objetivo resocializar al individuo. En concreto, la Corte analizó de cara a la concesión de la libertad condicional de la penada, la necesidad de realizar un estudio íntegro de su tratamiento penitenciario, toda vez, que



necesario para la concesión de la libertad condicional no se enfoque en un pasado imposible de cambiar, sino en el presente y en el futuro que se está labrando el penado con los avances que realiza en su tratamiento progresivo para demostrar que está preparado para retornar a la sociedad.

6. Para continuar con la importancia del tratamiento penitenciario progresivo, el Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, establece en sus artículos 10 y 142 que la resocialización se logra mediante el tratamiento penitenciario como piedra angular del proceso de preparación para el retorno a la libertad. Afirma la norma que este “se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”. Los centros de privación de libertad empezarán a clasificarse con base en las fases de tratamiento penitenciario que se ejecutan al interior de sus muros, pues las fases tienen en cuenta la clasificación del perfil criminal de la persona privada de libertad. También se considerará si la persona representa algún riesgo de seguridad, la lesividad del delito o los delitos causados, y el nivel de preparación para la libertad que posee de acuerdo con el avance del cumplimiento de la pena. Con esto en mente, todos los tipos de establecimientos de reclusión se clasificarán entre los siguientes niveles:

- **Nivel uno – fase interna de preparación para la libertad.** Los establecimientos de reclusión de nivel uno son establecimientos destinados al cumplimiento de la pena de personas condenadas o sindicadas que representan un especial riesgo para la seguridad por las características de su perfil criminal o por la gravedad del delito o delitos cometidos y de personas condenadas o sindicadas que por su perfil criminal corran el peligro de la vulneración de su integridad por parte de otras personas privadas de libertad.
- **Nivel dos – fase interna de preparación para la libertad.** Los establecimientos de reclusión de nivel uno son establecimientos destinados al cumplimiento de la pena de personas clasificadas en período interno del tratamiento penitenciario.
- **Nivel tres – fase intermedia de preparación para la libertad.** Los establecimientos de reclusión de nivel tres son establecimientos destinados al cumplimiento de la pena de personas que se encuentren clasificadas en período semiabierto o de fase intermedia del tratamiento penitenciario.
- **Nivel cuatro – fase externa de preparación para la libertad.** Los establecimientos de reclusión de nivel cuatro son establecimientos destinados al cumplimiento de la pena de personas que se encuentren clasificadas en período

el tener en cuenta de manera exclusiva la modalidad de la conducta para determinar la viabilidad del beneficio punitivo “contraría el principio de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento penal, dado el carácter antropocéntrico que orienta el Estado Social de Derecho adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991; y al mismo tiempo desvirtuaría toda función del tratamiento penitenciario orientado a la resocialización”.



abierto o de fase externa del tratamiento penitenciario.

7. Se propone una reforma a los cuerpos colegiados que participan en el tratamiento y atención social penitenciario atiende a tres objetivos en particular. En primer lugar, la unificación de los cuerpos colegiados en un solo consejo, el Consejo de Tratamiento y Atención Social Penitenciario, pretende mejorar el proceso tratamiento y de preparación para la libertad de toda la población privada de la libertad. El mejoramiento se lograría a través de la concentración de funciones para el diseño y aplicación del tratamiento y atención social penitenciario. Esto facilitará el trámite interno de estudio y análisis, así como la misma aplicación del tratamiento con las personas privadas de la libertad. Todo lo anterior se encuentra enmarcado en la línea de acción “Implementar acciones orientadas a humanizar el SPC, fortalecer la resocialización y disminuir la reincidencia criminal para garantizar la finalidad de la pena y los derechos de la PPL” del Plan Nacional de Política Criminal 2022-2025. También, está en la línea 3 del Catalizador E del capítulo de Seguridad humana y justicia social de las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 respecto al robustecimiento de la alternatividad penal. De igual manera, en la actualidad los integrantes de los órganos colegiados en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional hacen parte de los distintos órganos colegiados existentes, por lo que su unificación facilitará la labor desarrollada por sus integrantes. Por último, incluir la segunda instancia en materia de las decisiones sancionatorias sobre personas privadas de la libertad tiene el objetivo de garantizar el derecho fundamental de defensa y contradicción. Es esencial que cualquier persona pueda tener un mecanismo que le permita controvertir las decisiones que recaen sobre ellas, más cuando en el caso de la población privada de la libertad estas afectan su proceso de resocialización. En esta medida, se busca garantizar que todas las personas privadas de la libertad sean sancionadas cuando corresponda y no se cometan arbitrariedades sobre ellas.

8. En virtud de la importancia de la redención en el sistema penitenciario, se realizaron ajustes técnicos, unificando las horas máximas permitidas para las actividades de redención, con lo cual quedan todas con un máximo de seis horas diarias. Este cambio, aunque no tiene un efecto material notorio, toda vez que la redención se mantiene en un “1x2”, esto permite equiparar todas las actividades de redención, de forma tal que en la percepción de las personas privadas de la libertad ninguna actividad este priorizada por sobre otra o se entienda que se privilegia alguna de estas.

9. En el aparte de beneficios administrativos, además de las medidas que se toman para que estos permisos correspondan de manera coherente a un tratamiento penitenciario progresivo, que atienda al avance de la persona condenada en el tratamiento penitenciario bajo la regla “a mayor avance en el tratamiento, mayores grados de libertad”, se proponen otras modificaciones a los artículos 146 a 149 del Código Penitenciario y Carcelario. Éstas están orientadas a actualizar las normas y procedimientos respecto a los avances de la jurisprudencia y el enfoque en el tratamiento y la resocialización como principal finalidad de la pena y criterio de



evaluación del avance en el tratamiento.

10. Se introducen algunas modificaciones en el régimen de traslados que permitan que, en la medida de lo posible, estos no entorpezcan el proceso de tratamiento y se pueda garantizar la continuidad de este en el establecimiento a donde sea trasladado el privado de la libertad. Para ello, se tiene en cuenta que el proceso de resocialización, tratamiento, y restauración es lo más importante en la ejecución de la pena. De igual manera, se propone que el privado de la libertad pueda cumplir con su condena en un lugar que le permita mantener la comunicación y la interacción con su núcleo familiar, toda vez que se requiere que la persona pueda reforzar, mantener y mejorar su proceso familiar. Lo anterior se argumenta dado que el componente familiar es fundamental para el buen desarrollo del proceso de resocialización y de igual manera favorece la reintegración una vez recupere su libertad. A su vez, se busca que todas y cada una de las razones que motiven el traslado de la persona privada de la libertad y que implique un alejamiento de su núcleo familiar esté debidamente justificada y demostrada para evitar situaciones que vulneren de manera excesiva los derechos a la familia y en especial los derechos de los hijos menores de los privados de la libertad.

11. En el aparte de faltas disciplinarias, se modifica el inciso 4 del artículo 117 del Código Penitenciario y Carcelario. Con este fin, se aclara que el recurso de apelación contra las decisiones en las que se resuelve respecto a la imposición de una sanción por la posible ocurrencia de una falta disciplinaria queda a cargo de la Dirección Regional del INPEC. Esto se realizaría para efectos de que esta decisión sea tomada por un superior jerárquico y alguien ajeno a la decisión de primera instancia (el Consejo de Disciplina en la legislación actual).

12. Adicionalmente, se deroga el numeral 6 del inciso 2 del artículo 121 del Código Penitenciario y Carcelario. Éste establece como una falta grave los “actos obscenos”, pues se trata de una expresión vaga e imprecisa. De acuerdo con denuncias de grupos de personas privadas de la libertad, esta frase se ha convertido en una herramienta para reprimir las manifestaciones de diversidad sexual en los establecimientos de reclusión.

CAPÍTULO III. FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA MEDIANTE LA AMPLIACIÓN DEL ALCANCE DE LAS FIGURAS DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MEDIACIÓN

La justicia restaurativa tiene muchas facetas dentro de la justicia colombiana, dado que tiene un alcance legal establecido para ser implementado en diversos ámbitos. Algunos de ellos son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los procesos de justicia especial y alternativa como la justicia transicional, o la justicia penal ordinaria.



Ruti G. Teitel en el artículo publicado en 2003 denominado Genealogía de la justicia transicional señala que el origen de la justicia transicional después de la primera y segunda guerra mundial fue seguido por un segundo ciclo marcado por la necesidad de superar los regímenes autoritarios de Europa del Este y de Centro y Sur América. En este contexto, las formas alternativas de solucionar los conflictos penales (con el fin de superar las dictaduras y arribar a la democracia y al estado de derecho), tales como la justicia restaurativa, se introdujeron dentro del proceso penal ordinario. Estas quedaron para siempre y ya no solo para resolver los graves crímenes que signaba su propósito inicial. También, permanecieron para enfrentar crímenes cuya solución podía encontrarse en el encuentro entre víctima y victimario para hacer viable la reparación integral del daño en detrimento de la imposición de un castigo que en esos escenarios resulta de menor importancia y utilidad.

Dicho lo anterior, y tras décadas de evolución del derecho penal, en la actualidad, la justicia restaurativa se encuentra presente antes, durante y después del proceso penal ordinario en Colombia. Ese es el caso de la primera causal del principio de oportunidad contenido en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. Según el artículo 322 de ese código, la Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir las conductas punibles que lleguen a su conocimiento, excepto cuando se trate del principio de oportunidad. En consecuencia, según el Código de Procedimiento Penal (artículo 323, inciso 2), existen razones de política criminal descritas en las causales taxativas del artículo 324 que permiten que la Fiscalía General de la Nación pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Una de esas razones de política criminal es la justicia restaurativa. Esta podrá aplicarse a través del principio de oportunidad en la causal primera. Allí, se señala que este procederá cuando se haya indemnizado integralmente a la víctima y se trate de delitos cuya pena máxima es de seis (6) años.

También, se aplica la justicia restaurativa en la causal séptima del artículo 324 cuyo propósito es suspender la persecución penal bajo un procedimiento a prueba respecto del cual se fijan sus condiciones en el artículo 326 de la ley 906 de 2004. Si bien la causal primera estaba prevista para delitos que revisten poca gravedad, debido al requisito objetivo de la pena máxima de seis años, han prosperado varias reformas penales que se fundan en la elevación de penas (en contexto de la tendencia al endurecimiento punitivo ya descrito). Lo anterior hace que la cantidad de delitos que puedan encuadrarse en esa causal del principio de oportunidad sean cada vez más pocos. Debido a ello, la presente reforma propone aumentar este requisito de la pena máxima de seis (6) a ocho (8) años en la primera causal. Lo mismo ocurre con la causal séptima. Esta debe leerse en concordancia con el artículo 524, dado que, en la norma actual, se dispone que la mediación procede frente a delitos perseguibles de oficio cuando se trate de delitos cuya pena mínima no sea superior a cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado. También en este acápite, y con el objetivo de revitalizar las salidas alternas de justicia restaurativa, se aumenta en esta reforma este rango de cinco (5)



a ocho (8) años de pena mínima el rango de pena que habilita el uso de la mediación. Seguirá aplicándose la justicia restaurativa en la causal séptima del principio de oportunidad a través del ejercicio de la mediación en delitos de menor gravedad, pero podrá ampliarse su cobertura.

A su turno, con relación a la figura de la mediación, se proponen dos ajustes complementarios. En primer lugar, se pretende corregir un yerro previsto en el artículo 518 de la Ley 906 de 2004. En este artículo, se establece que los procesos justicia restaurativa pueden tener lugar sin facilitador alguno. Se olvida que estas prácticas son típicos ejercicios de mediación que, por tanto, requieren siempre la presencia de un facilitador.

En segundo lugar, se busca modificar el artículo 523, en el que se autoriza actualmente que cualquier particular pueda realizar procesos de mediación penal. El cambio que se propone es el de remplazar la expresión “particular” por la expresión “centro de conciliación”. Ello con el fin de que el tercero neutral sea un centro de conciliación debidamente autorizado por el Ministerio de Justicia y el Derecho para lograr una aplicación rápida del mecanismo, en atención a la capacidad instalada de 461 centros de conciliación a nivel nacional y 81.882 conciliadores en derecho los cuales pueden prestar el servicio de mediación penal.

Centros de conciliación autorizados en el país por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho

Clase	Total
Consultorios jurídicos de Facultades de Derecho	147
Entidades públicas	56
Personas jurídicas sin ánimo lucro	258
Total general	461

Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho

Es importante resaltar que los centros de conciliación se han posicionado en el país desde el año 1991. Es decir, hay una trayectoria de más de 30 años de experiencia en la resolución de conflictos a través de los diferentes mecanismos.

El Programa Nacional de la Conciliación adelantado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se ha enfocado en el fortalecimiento de los Centros de Conciliación. Por tanto, se ha venido trabajando, de la mano con el INCONTEC, en el proceso de una norma técnica de calidad NTC 5906-2012 para los centros de conciliación y arbitraje. Ello con el fin de que tanto la infraestructura de estos, como la prestación de servicios,



faciliten la conciliación y el arbitraje en condiciones de calidad.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 1427 de 2017 en el artículo 16, la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y el Derecho tiene dentro de sus funciones proponer nuevos mecanismos de métodos alternativos de solución de conflictos en coordinación con los demás niveles de oferta de justicia.

La iniciativa abre la puerta para que a los centros de conciliación tanto públicos como privados, sin exceder sus competencias y de conformidad con la normatividad penal, se les otorgue a través del Ministerio de Justicia y del Derecho la facultad de llevar a cabo procesos de mediación penal. Esto con el fin de contribuir con una justicia restaurativa, de manera ágil, rápida y eficaz. Lo anterior impacta de forma positiva en la descongestión de las investigaciones de la Fiscalía, en los despachos de los jueces, en las cárceles, pero principalmente en un acceso a la justicia más expedita para las personas, por cuanto se reducen los tiempos de un año que tarda en justicia ordinaria la etapa inicial de la investigación en promedio a 30 días con la aplicación de la propuesta del proyecto.

Con la implementación de la mediación penal a través de los centros de conciliación del país, se fortalecerá este mecanismo como una opción para la población en aras de obtener una restauración rápida. De esta manera, no se tendría que acudir a las instancias de orden penal, que se vuelven dilatorias en el tiempo por el cúmulo de procesos y denuncias que saturan el sistema, constituyéndose en una negación de justicia.

En ese orden de ideas, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el Ministerio de Justicia y del Derecho, desde su misionalidad, procederá no solo con la autorización, sino con la capacitación de los centros de conciliación públicos, privados y operadores de justicia en materia de mediación penal.

Partiendo de ese presupuesto se hace necesario que se trabaje de manera articulada con los centros de conciliación públicos y privados el mecanismo de la mediación. Para ello se debe tener, como garante, al Ministerio de Justicia y el Derecho en su función de adelantar la inspección el control y vigilancia.

CAPÍTULO IV. FORTALECIMIENTO DEL PROGRAMA DE PREPARACIÓN PARA LA LIBERTAD Y PREVENCIÓN DE LA REINCIDENCIA

La responsabilidad del Estado en el Sistema Penitenciario y Carcelario no termina cuando las personas recuperan su libertad. Por el contrario, el Estado debe velar por la adecuada inclusión en la comunidad de los individuos, a través de proyectos



productivos, de educación y formación, que complementan las estrategias internas de preparación para la libertad. Esto implica desarrollar un proceso que comienza antes de la liberación y se complementa después de ella. De esta manera la población contará con las herramientas necesarias para el reencuentro con la sociedad, la familia y el trabajo.

Sobre este proceso de inclusión social, la *Guía de introducción a la Prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*, elaborada en 2013 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, resaltó que:

Las sociedades no pueden permitirse el lujo de dejar de invertir en integración social y en programas de reintegración para delincuentes. Tales programas son una parte esencial de toda estrategia completa de prevención del delito. Invertir en prisiones, sin una inversión complementaria en programas de rehabilitación y reintegración, no producen una reducción significativa de la reincidencia. De hecho, pueden complicar el problema. El período de encarcelamiento, mientras los delincuentes están bajo estricto control, puede ser utilizado para estabilizarlos y rehabilitarlos, pero eso con frecuencia dura poco sin el apoyo de los programas de reintegración del prisionero. Dichos programas pueden ser implementados a mucho menor costo que el de encarcelamiento y pueden producir algunos resultados muy efectivos en materia de costos. La reducción de la cantidad de delincuentes que vuelven a delinquir significa menos víctimas, mayor seguridad comunitaria y menos presión para los organismos policiales. El éxito de la reintegración de los delincuentes significa que menos de ellos se tendrán que presentar ante los tribunales penales, volver a la prisión y contribuir al hacinamiento en la misma, y, en general, aumentar los costos del sistema de justicia penal.

Al respecto, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (Principio 10), establecieron que: “con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del exrecluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles”³⁵. Igualmente, entre las disposiciones de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela) se dispuso: “El deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso. Por consiguiente, se habrá de disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al exrecluso una ayuda pospenitenciaria eficaz que contribuya a disminuir los prejuicios contra él y le permita reinsertarse en la sociedad”³⁶.

En ese marco, la atención a la población pospenada tiene por objeto el mejoramiento de sus condiciones de vida y la disminución de los riesgos de reincidencia. Esto se

³⁵ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

³⁶ Resolución 70/115 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 2015.



logra por medio de la intervención de los efectos de la prisionalización, el acercamiento familiar y el impulso de la inclusión laboral. Puede hablarse entonces de reinserción social de las personas que estuvieron privadas de la libertad cuando consiguen formar parte de la comunidad y no vuelvan a delinquir.

En Colombia, hasta 2015, con la creación de Casa Libertad, se empezó a hablar por primera vez de un programa especial enfocado en la prevención de la reincidencia. Este concentra sus esfuerzos en la etapa de preparación para la libertad y pospenitenciaria. Si bien este es un gran paso, debe reconocerse que todavía es un reto la implementación nacional y universalidad del programa.

Para el Estado colombiano, es fundamental fortalecer la política criminal y penitenciaria al integrar el proceso posterior al cumplimiento de la condena. Lo anterior es necesario debido a que, si no se interviene y no se crean programas y oportunidades que efectivamente contribuyan a la integración social, familiar y comunitaria, la reincidencia afectará nuevamente a las familias, la comunidad y, por ende, al sistema penitenciario y carcelario. De esta manera, solo podría hablarse de un ciclo de política de justicia racional, coherente y basado en los derechos humanos, cuando la persona que estuvo privada de la libertad y cumplió su pena se integra efectivamente a la familia, a la comunidad y a la vida laboral.

El Ministerio de Justicia y del Derecho suscribió en 2015 el Convenio 543. Esto se realizó en asocio con el INPEC, Fundación Acción Interna y Colsubsidio, con el objeto de aunar esfuerzos entre el Estado, la sociedad civil y el sector empresarial para brindar acompañamiento y orientación a la población pospenada en su proceso de reintegración a la vida en comunidad. En sus inicios, Casa Libertad priorizó el fortalecimiento de capacidades y hábitos laborales en los usuarios y la implementación de la ruta de empleabilidad. El término de duración de este convenio fue de cuatro años³⁷.

La experiencia del convenio 543 de 2015 sirvió de insumo y fundamento para la creación de los lineamientos para la prevención de la reincidencia desde un modelo de atención pospenitenciaria y posegreso.

En 2019, al finalizar la vigencia del Convenio 543, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el INPEC y la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia firmaron el Convenio 171. Su objeto fue “Aunar esfuerzos, conocimientos, experiencias, capacidades y recursos para implementar los lineamientos de política pública para la prevención de la reincidencia criminal, desde un modelo de atención pospenitenciaria en Bogotá D. C.”. Su vigencia fue de un año y cuatro meses (21 de

³⁷ El Decreto 1427 de 2017 le atribuyó al Ministerio de Justicia y del Derecho la función de “diseñar, hacer seguimiento y evaluar la política en materia criminal, carcelaria y penitenciaria, en la prevención del delito y las acciones contra la corrupción y la criminalidad organizada” (art. 2°, numeral 5°, D. 1427/17).



julio de 2020). Adicional a ello se prorrogó la vigencia del convenio 543 por un año más.

Finalmente, en 2020 el Ministerio de Justicia y del Derecho, el INPEC y la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia suscribieron el Convenio 131. Este Convenio, cuya vigencia es de cuatro años, tiene como finalidad principal “Aunar conocimientos, experiencias, capacidades y recursos para fortalecer y continuar con la implementación del ‘Programa de prevención de la reincidencia desde un modelo de atención pospenitenciaria -Casa Libertad’ en la ciudad de Bogotá D. C., según los lineamientos expedidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho”.

A la fecha, Casa Libertad se ha consolidado como un espacio a través del cual se brinda el programa de acompañamiento individual, familiar, productivo y comunitario. Dicho servicio se brinda a personas que han estado privadas de la libertad y se encuentran en un proceso de inclusión a la comunidad³⁸.

Dentro de los objetivos específicos del programa Casa Libertad se encuentran: (i) disminuir los factores de riesgo de reincidencia; (ii) fortalecer los factores protectores; y (iii) promover la inclusión social y la garantía de los derechos fundamentales. Actualmente, implementa cuatro dimensiones para la atención³⁹:

1. Individual: el trabajo en esta dimensión está dirigido a identificar y atender los factores de riesgo presentes en el ámbito individual y potenciar los factores protectores que podrían favorecer el desistimiento del delito. Tiene un componente fuerte de trabajo psicosocial y se enfoca en promover la garantía de derechos y deberes ciudadanos. En esta dimensión se apoya la afiliación al sistema de salud, se brinda asesoría jurídica, se orienta y apoya la educación formal y se brinda acompañamiento psicosocial.

2. Familiar: esta línea de atención facilita y asesora la acogida familiar, acompaña los ajustes en la reestructuración familiar y favorece las relaciones afectivas de reconocimiento de afecto, colaboración y apoyo.

3. Productiva: esta dimensión atiende todas las formas de actividad productiva para satisfacer las necesidades básicas individuales y familiares. Esta línea de

³⁸ De acuerdo con los “Lineamientos para la implementación del programa nacional de prevención de la reincidencia desde un modelo de atención pospenitenciaria, Casa Libertad”, expedidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho en 2019 (Resolución 1741), pueden acceder al programa de Casa Libertad las personas que: (i) hayan cumplido su condena; (ii) tengan la suspensión de la ejecución de la pena; (iii) se encuentren en libertad condicional; (iv) hayan sido absueltas en el proceso penal, pero estuvieron en detención preventiva seis meses o más; (v) se encuentren en prisión domiciliaria, previa autorización del juez; y (vi) aquellas que cumplieron la pena privativa de la libertad fuera del territorio colombiano.

³⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho. Lineamientos para la implementación del programa nacional de prevención de la reincidencia desde un modelo de atención pospenitenciaria, Casa Libertad”. Bogotá D. C. 2019.



atención contempla diferentes fuentes de ingreso (vinculación laboral, emprendimiento y autoempleo).

4. Comunitaria: fomenta capacidades sociales, que permiten una interacción pacífica entre el usuario de Casa Libertad y la comunidad (barrio y habitantes de la ciudad). En esta dimensión se promueven las prácticas restaurativas que permiten resignificar el rol del usuario, como ciudadano sujeto de derechos y deberes, recompone el tejido social, facilita la convivencia y la adaptación del usuario a su entorno y a disminuir la estigmatización.

La participación del sector privado en Casa Libertad impulsa, especialmente, la etapa final del proceso de inclusión, como quiera que facilita la vinculación laboral de los usuarios y se fortalece las herramientas y habilidades de la población para el trabajo. Sin embargo, la operación del programa terminó exclusivamente en manos del INPEC y de la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia. Esto ha venido afectando el acceso a oportunidades laborales con el sector privado que permitan fortalecer la dimensión productiva de las personas pospenadas.

De acuerdo con lo expuesto, este proyecto de ley reconoce la necesidad de continuar y fortalecer el proceso de inclusión de las personas que han estado privadas de la libertad, realizado a través de la implementación de Casa Libertad. Igualmente, tiene como objetivo robustecer sus estrategias a través del trabajo conjunto con otras entidades públicas y con el sector privado.

En ese sentido, este proyecto de ley incluye en la legislación penitenciaria y carcelaria la creación formal Casa Libertad y su desarrollo a través de alianzas con organizaciones de la sociedad civil, cooperación internacional, academia y el sector privado. Igualmente, pretende integrar entidades relevantes del sector público, encaminadas a robustecer la oferta institucional para promover el empleo, la formación, el estudio, la cultura y las demás actividades que permiten la efectiva inclusión social, familiar y comunitaria de las personas que han estado privadas de la libertad.

CAPÍTULO V. RESTRICCIÓN EN MATERIA PENAL PARA LA MAYOR PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTESTA SOCIAL Y LOS DERECHOS DE ASOCIACIÓN, REUNIÓN O MANIFESTACIÓN PÚBLICA

La propuesta consiste en excluir de los contextos de protesta social o manifestación pública la posibilidad de imputar los delitos de concierto para delinquir y terrorismo.

Al respecto, sea lo primero indicar que, desde el derecho internacional, como el



interno, los Estados democráticos, como el nuestro⁴⁰, están obligados a garantizar y proteger los derechos humanos y el acatamiento sobre los mismos que, desde un nivel supraconstitucional, buscan su cumplimiento.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional, en su condición de guardiana de esta e intérprete autorizada, a través de sentencia C-644 de 2004, con ponencia del honorable Magistrado Rodrigo Escobar Gil, indicó que:

El Estado Colombiano a partir de la Constitución de 1991 adoptó la democracia constitucional como su régimen político, alrededor de los principios, valores y mandatos del Estado Social de Derecho (C.P. art. 1o). Dicha decisión la tomó el pueblo colombiano en un acto de libre ejercicio de su soberanía e independencia política.

Asimismo, ha indicado esta Alta Corporación que nuestro país pasó de una democracia representativa a una participativa, a través de la cual se puede participar de una manera permanente en la toma de decisiones que trascenderán en la vida de los ciudadanos. En palabras de la Honorable Corte, a través de sentencia T-637 de 2001, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se precisó que:

Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. El concepto de democracia participativa es más moderno y amplio que el de la democracia representativa. Abarca el traslado de los principios democráticos a esferas diferentes de la electoral, lo cual está expresamente plasmado en el artículo 2o de la Carta. Es una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en la esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal. El ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisivos que incidirán en el rumbo de su vida. Esto se manifiesta en varios artículos de la Carta sobre participación y escenarios diferentes al electoral”.

En este contexto, no cabe duda alguna que nuestro Estado está fundado en los principios democráticos. Como tal, debe velar por la protección y garantía de los derechos de todas las personas, ya sea que están en tránsito o sean residentes en el país.

Ahora bien, dentro del marco normativo por el cual se han de regir los Estados Democráticos, el derecho a la protesta, el derecho de asociación, reunión y/o manifestación, han sido reconocidos como derechos humanos y de especial protección por parte de los Estados. Lo anterior con el fin de conservar y garantizar la

⁴⁰ Al respecto, el artículo 1o de la Constitución Política de 1991, dispone que “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la Dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.



diversidad de opiniones y libertad de expresión materializando los principios que rigen la democracia.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su publicación del año 2019 sobre *PROTESTA Y DERECHOS HUMANOS, Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*⁴¹, nos ha advertido, a los Estados parte, que:

La protesta social es un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre como en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es así como se ha reconocido que las protestas, manifestaciones, el derecho de la libertad de reunión y asociación, en innumerables casos generan escenarios disruptivos. Estos son propios, por decir lo menos, de la materialización de estos derechos, los cuales conllevan la interrupción o afectación de la cotidianidad en las actividades que desarrollamos y que evidenciamos. Un ejemplo de ello sería la interrupción del derecho de libre circulación, el cual, sin duda, también merece una protección y garantía estatal. No obstante *“este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse”*⁴².

Como se ha avizorado, podríamos, al margen de la pluralidad de conceptos que se tienen sobre la protesta, definirla como la materialización de escenarios de comunicación, no en pocas veces, disruptivos, a través de los cuales se materializan los derechos humanos a la libertad de expresión (contenido en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, así como en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en nuestra Constitución, en el artículo 20), derecho de reunión (dispuesto en el artículo XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, para nuestro Estado, en el artículo 37), y derecho a la libertad de asociación (dispuesto en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en nuestra normativa artículo 39 de la Constitución Política).

⁴¹ Este documento puede consultarse en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

⁴² CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc 57, párr. 198. Citado por la CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2019 Parra 41.



En este orden de ideas, ha de resaltarse que, si bien la gran mayoría de las protestas que se originan son pacíficas, no menos cierto es que al atender los escenarios propios de las manifestaciones, en algunas ocasiones esta pasa a ser violenta. Es en estos casos cuando el Estado debe entrar, en aras de la aplicación del principio de proporcionalidad, a estimar cómo y a través de qué medidas contrarrestar estos desmanes.

Para el efecto, descendiendo a los dos artículos que acá se proponen modificar con la inclusión, en cada uno de ellos: el primero correspondiente al tipo dispuesto en el artículo 340 (concierto para delinquir) de la ley 599 de 2000 y el segundo referente al artículo 343 (terrorismo) de la misma ley. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su publicación del año 2019, previamente citado, ha indicado que en lo que atañe a algunas *aplicaciones formalistas y extensivas del derecho penal para criminalizar la protesta social*, han de cuestionarse la interpretación extensiva de algunas formas de participación en conductas como el la de instigación para delinquir. En palabras de la CIDH, se indicó:

También merecen ser cuestionadas las interpretaciones extendidas de formas de participación criminal como la “instigación a cometer delitos”. Esta figura se ha utilizado para criminalizar a referentes sociales bajo el argumento de haber organizado protestas en las que, como no han estado presentes, no pueden ser perseguidos como autores materiales⁴³.

Ahora bien, en lo que respecta a nuestro escenario político, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas titulado *El Paro Nacional 2021: Lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia⁴⁴*, indicó lo siguiente con relación al marco de la protesta social del año 2021 (periodo comprendido entre el 28 de abril y el 31 de julio de 2021):

180. La mayor parte de las detenciones realizadas en el contexto de las protestas no culminaron en una judicialización de las personas detenidas. Según información del PMU, de las 1.970 detenciones realizadas en el contexto de las protestas, se “aperturaron noticias criminales” en 744 casos. La Oficina obtuvo información de casos de detenciones de manifestantes en Arauca, Cali, Cauca, Caucasia, Cúcuta, Barranquilla, Bogotá, Medellín, Neiva, Risaralda y Villavicencio seguidas de judicializaciones bajo los delitos de violencia contra servidor público, daño a bien ajeno, obstrucción contra vía pública, uso de explosivos o armas de fuego, concierto para delinquir e, incluso terrorismo. La Oficina también tuvo conocimiento de casos que fueron desestimados al ser presentados ante el organismo judicial por falta de prueba o por vicios al debido proceso. Adicionalmente, delitos más graves se han ido desestimando o han sido sustituidos por delitos que no ameritan la privación de

⁴³ CIDH, Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2019, Párr. 212

⁴⁴ Puede consultarse en: https://www.hchr.org.co/wp/wp-content/uploads/2022/05/211214-Colombia_Documento-lecciones-aprendidas-y-observaciones-Paro-Nacional-2021.pdf.



libertad. En el caso de Risaralda, por ejemplo, se informó que, de las 131 personas detenidas Entre el 28 de abril y el 16 de julio, la Fiscalía General imputó sólo a 23 personas y que, de éstas, el poder judicial sólo decretó medidas de privación de libertad en tres casos por los delitos de porte de armas y manipulación de sustancias peligrosas.

181. *Adicionalmente, la Oficina recibió información sobre la detención y judicialización de personas, miembros y líderes de las denominadas "primeras líneas" de julio a noviembre de 2021 vinculadas a los hechos de violencia en contra de funcionarios y bienes públicos. Las detenciones se realizaron principalmente en las ciudades de Cali, Cartagena, Barranquilla, Bogotá, Medellín, Pereira y Sincelejo. Los procesos penales se han iniciado por los delitos de conspiración para delinquir, secuestro, agresiones y tortura en contra de funcionarios públicos, homicidio en grado de tentativa y terrorismo. Hasta el cierre de este informe, la Oficina registró 64 judicializaciones de personas que habrían participado en las protestas. En 25 de estos casos se decretó medidas provisionales de privación de libertad en centros de detención, mientras que en 12 casos se decretó arresto domiciliario.*

182. **Es de particular preocupación las acciones judiciales por delitos graves contra personas manifestantes. A este respecto, la Oficina recuerda que según el Comité de Derechos Humanos "si bien los actos de terrorismo se deben penalizar de conformidad con el derecho internacional, la definición de esos delitos no debe ser excesivamente amplia ni discriminatoria y no se debe aplicar de manera que restrinja o desaliente el ejercicio del derecho de reunión pacífica."⁴⁵. La Oficina toma nota de la Directiva 008 del 2016 de la Fiscalía General de la Nación en el cual se establecen los lineamientos generales sobre los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la "protesta social" y que fija los límites al poder punitivo del Estado cuando ocurren hechos violentos en el curso de las manifestaciones públicas⁴⁶. (Énfasis propio).**

Por su parte, y según cifras de la Policía Nacional, durante los periodos comprendidos entre el primero (1) de enero del año dos mil diecinueve (2019) y el treinta (30) de octubre de dos mil veintidós (2022), por el delito de concierto para delinquir, hubo 72 capturas en el año 2021 y 28 a la fecha de corte.

Lo anterior, da cuenta de la preocupación por parte de Naciones Unidas, y de este

⁴⁵ Ibid., párr. 68. Nótese también que, en el caso del delito de terrorismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar un caso relacionado con protestas, reiteró "la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad". En ese mismo caso, la Corte advirtió sobre la posibilidad de un "efecto intimidante en el ejercicio de la libertad de expresión que puede causar el temor a verse sometido a una sanción penal o civil innecesaria o desproporcionada en una sociedad democrática, que puede llevar a la autocensura tanto a quien le es impuesta la sanción como a otros miembros de la sociedad". Véase https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf, párr. 180

⁴⁶ Puede consultarse en: <https://defenderlalibertad.com/wp-content/uploads/2019/05/FGN-Directiva-008-protستا-social.pdf>



Ministerio, sobre la manera en que se han criminalizado algunos actos en el marco del ejercicio de la protesta, con delitos supremamente graves como serían los de concierto para delinquir. Por tanto, se torna necesario reevaluar el uso de este tipo penal en los escenarios de protesta social. Mientras que en los años 2019 y 2020 no hubo una sola captura por este delito en el marco de las movilizaciones, durante el año 2021 y 2022 hubo 100 capturas, conllevando, de paso, una estigmatización de las personas que participaron o, participan, activamente en las manifestaciones⁴⁷.

Con base en lo anterior, y en punto de la modificación propuesta al artículo 340 del Código Penal, consistente en que se excluya el uso de este tipo a fin de criminalizar la participación activa en las conductas que se pudiere llegar a incurrir en el marco de la protesta social, el ejercicio del derecho a la libertad de reunión, asociación o manifestación tiene como finalidad varias finalidades. En primer lugar, una de ellas sería reconocer los principios que enmarcan las democracias, especialmente las participativas, así como el cumplimiento de los estándares sobre derechos humanos y la efectiva protección y materialización de los derechos en mención.

Lo anterior, sin desconocer, bajo ningún presupuesto, que quienes se concierten para cometer delitos y tomen como sombrilla los escenarios de la protesta social, no pueden ser cobijados por la exclusión de su judicialización por este delito, toda vez que lo pretendido, no es generar impunidad sino garantizar un ejercicio legítimo de los derechos humanos, y como consecuencia, si es dable, aplicarse este tipo penal.

Por su parte, en lo que respecta al delito de terrorismo, han sido los mismos organismos internacionales los que se han señalado que el uso de este tipo penal, en el marco de las protestas y movilizaciones, resulta desproporcionado. También aseveran que, así como que se han aplicado, por parte de los Estados, de una manera arbitraria. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe de 2019 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2019, ha dispuesto que:

210. La Comisión también ha observado la manipulación del derecho penal para detener arbitrariamente e iniciar acciones penales sin fundamento a personas que participan, convocan u organizan manifestaciones públicas. La Comisión ha señalado que tipos penales relacionados a la garantía del orden público, como la “inducción a la rebelión”, “terrorismo”, “sabotaje”, “apología del delito” y “ataque o resistencia a la autoridad pública” “obstrucción de las vías de circulación” etc. tienden a ser aplicados de forma arbitraria por las autoridades para criminalizar a las y los defensores de derechos humanos. De modo general, los operadores de justicia tienen el deber de abstenerse de aplicar estos tipos penal esas conductas típicamente realizadas en estos contextos.

211. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH subrayó que “la criminalización de las expresiones relativas al terrorismo debe restringirse a los casos de incitación intencional al terrorismo entendida como un llamado directo a la

⁴⁷ Cifras de la Policía Nacional.



participación en el terrorismo que sea directamente responsable de un aumento en la probabilidad de que ocurra un acto terrorista-, o a la participación misma en actos terroristas (por ejemplo, dirigiéndolos)⁴⁸. Esta Comisión ha resaltado, a su vez, que para casos en los que se pretende aplicar delitos como traición a la patria o rebelión a la difusión de ideas o informaciones incómodas para las autoridades de gobierno debe aplicarse el mismo estándar⁴⁹.

La Policía Nacional, por su parte, durante los periodos comprendidos entre el primero (1) de enero del año dos mil diecinueve (2019) y el treinta (30) de octubre de dos mil veintidós (2022), por el delito de terrorismo, expuso que, durante el año 2019 hubo un reporte de 8 capturados, en 2020 no hubo ninguna judicialización por este delito, mientras que en los años 2021 y 2022 hubo 112 y 18 personas, respectivamente, capturadas por este tipo penal, como se evidencia a continuación:

Capturas por el delito de terrorismo. 1 de enero de 2019 a 30 de octubre de 2022.

Captura	2019	2020	2021	2022
Artículo 343. Terrorismo	8	0	112	18

Fuente: Observatorio de Política Criminal del MJD, a partir de datos de Policía Nacional

Como se muestra, el año 2021, en el mayor auge de la masiva movilización de la ciudadanía en Colombia, en relación con el periodo analizado, el uso del tipo penal de terrorismo para judicializar a personas en el marco de la protesta social tuvo un uso elevado.

En este punto, cabe traer al análisis las reflexiones del *Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo* con relación al mal uso de este tipo penal:

Ante la ausencia de una definición general y universalmente aceptada mediante convenciones internacional Es decir es sobre terrorismo, el Relator Especial de Naciones Unidas sugiere una que los Estados adopten tipos penales sobre terrorismo que cumplan con las tres siguientes condiciones de manera acumulativa: que sean a) actos cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves; b) actos cometidos con la intención de provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo; y c) actos que constituyan delitos definidos en las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito⁵⁰.

⁴⁸ CIDH, Informe Anual 2013, Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.149 Doc.50, 31 de diciembre de 2013, párr. 391.

⁴⁹ CIDH, Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 144.

⁵⁰ E/CN.4/2006/98, 28 de diciembre de 2005. §50.



Aunado a lo anterior, resulta oportuno resaltar que la directiva 008 de 2016, emitida por parte de la Fiscalía General de la Nación, corrobora que el uso del tipo penal de terrorismo es *improcedente en casos relacionados con la protesta social*, y más aún cuando existen tipos penales más específicos cuando se presentan actos violentos en desarrollo de las protestas.

Igualmente, según la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, en providencia del 6 de septiembre del año 1989, con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas, cuando del tipo penal de terrorismo se trata, se requiere de “medios capaces de causar estragos”, entendidos como:

Entiéndase por estragos y de acuerdo con el diccionario de la Academia de la Lengua, no todo daño o deterioro que se cause a los bienes por leve que sea, “sino el daño hecho en guerra, con matanza de gente, destrucción de la campaña del país, o en el ejército, ruina, asolamiento”. Con esta acepción, parece haber incorporado el legislador el vocablo a la norma, cuando requiere para la existencia del delito de terrorismo el empleo de medios capaces de causar estragos.

Con base en todo lo anotado, resulta acertado hacer esa distinción normativa propuesta. Lo anterior se afirma en el sentido de aclarar que los hechos que ocurren en contexto del ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y, en general, los derivados de la protesta social no pueden vincularse con la imputación de los delitos de terrorismo o concierto para delinquir, porque tales imputaciones son abiertamente desproporcionadas e irreflexivas.

No obstante lo anterior, no se pretende, ni es el fin de la modificación que se propone frente al delito de terrorismo, el que se hagan interpretaciones erradas acerca de que no se judicialice comportamientos que, en el marco de la protesta social, violenten bienes jurídicos, sino que se realice un adecuado test de proporcionalidad y se adecúe el comportamiento en tipos más específicos, como, solo por dar algunos ejemplos, podría ser el de incendio o daño en bien ajeno.

Finalmente, se considera que estas propuestas legislativas guardan plena coherencia con los lineamientos político-criminales del Consejo Superior de Política Criminal señalados en el Plan Nacional de Política Criminal recientemente aprobado. En efecto, atendiendo los criterios político criminales enmarcados por el Plan Nacional, podemos arribar a la conclusión de que la reforma normativa propuesta resulta coherente, dado que lo que se busca adoptar, está alineado con los estándares internacionales sobre derechos humanos.

La propuesta, además, no resulta ser simbólica ni punitivista. Se dirige al cumplimiento de los presupuestos internacionales y nacionales, como se indicó renglones atrás, frente al respeto de judicialización, sin extralimitación, en las adecuaciones típicas. De esta manera, no busca generar impunidad ni elevación de penas respecto de los tipos penales modificados.



En torno de la evidencia empírica, lo esbozado da cuenta de los estudios, análisis y estadísticas que, sobre la materia, han dado los intérpretes autorizados de los Derechos Humanos en nuestro hemisferio. Se garantiza de igual forma guardar una coherencia y seguridad jurídica en línea con el marco normativo aplicable respecto a la protesta social.

Adicionalmente, se considera que esta modificación está en concordancia con la prioridad cuatro del Plan Nacional de Política Criminal acerca de la humanización del sistema penitenciario, dado que conlleva judicializaciones, si a ello hay lugar. Dichas judicializaciones no deben resultar desproporcionadas ni chocantes con los estándares internacionales, sin que se pueda llegar a interpretar como impunidad respecto los actos violentos que se pudieran originar en el marco y contexto de la protesta social.

CAPÍTULO VI. OTROS AJUSTES EN MATERIA PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL

1. Ajuste en materia de concurso de conductas punibles y tiempo máximo de prisión en caso de singularidad de conducta punible

Una de las medidas que se adoptan para garantizar la humanización del derecho penal, así como una política criminal coherente y ajustada a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, es la disminución del máximo posible aplicable como pena privativa de la libertad. Esto debe realizarse cuando existen concurso de conductas punibles, pasando de sesenta (60) años a cincuenta (50), al tiempo que reduciendo el máximo de pena privativa de la libertad cuando de singularidad de conductas punibles se trata, pasándose de sesenta (60) a cuarenta (40) años.

Al respecto, resulta relevante precisar que un máximo de sesenta años de prisión, en modalidad de concurso o de delito individual cometido, genera tres problemas: (i) constituye una pena perpetua de facto; (ii) deriva en un problema de proporcionalidad de las penas; y (iii) se inscribe en una narrativa de inflación punitiva que ha sido irreflexiva desde la expedición del Código Penal.

Con relación al primer punto, se debe recordar que, teniendo en cuenta que el sistema penal persigue delitos cometidos por personas a partir de los 18 años, una pena de 60 años da lugar a una pena perpetua encubierta. En este punto, cabe destacar que una pena de 60 años, si bien no es explícitamente una pena perpetua, sí lo es implícitamente. Lo anterior se colige si se tiene en cuenta que la expectativa de vida



en el país es de 74-75 años⁵¹.

En segundo lugar, la reciente reforma introducida en el Código Penal, mediante la Ley 2197 de 2022, igualó el tope de las penas que se pueden imponer, en caso de una sola conducta penal cometida, o en caso de concurso de delitos cometidos. Esto implica que una persona que haya cometido muchos delitos graves podría tener la misma pena que alguien que ha cometido una sola conducta punible. Con ello se desconfigura la proporcionalidad en el cálculo del daño cometido que da lugar a penas diferenciadas.

Finalmente, en tercer lugar, cabe destacar que el incremento de los máximos de penas, en caso de concurso o de delitos individualmente cometidos, ha sufrido incrementos notables en los últimos 20 años. El artículo 37 del Código Penal inicialmente preveía una pena máxima de 40 años en caso de delitos individuales, la cual se incrementó a 50 años con la Ley 890 de 2004 y subió nuevamente con la Ley 2197 de 2022 a un máximo de 60 años. A su turno, en el caso de los concursos, la pena máxima incrementó hasta un tope de 60 años con la reforma de la Ley 890 de 2004. Estos incrementos se han justificado con la introducción del sistema penal acusatorio y como medidas que buscan disuadir la comisión del delito. Pese a lo anterior, se ha observado que no existe evidencia empírica que permita afirmar que tales incrementos punitivos han tenido un impacto en evitar la comisión de las conductas más graves, tal y como se analizó en la introducción de este proyecto. Con todo, no se podría priorizar el fin de prevención general frente a la finalidad de reinserción social, en el supuesto de que los incrementos de pena sí pudiesen llegar a tener un efecto disuasorio concreto.

Como argumento adicional, se debe considerar que, en los países de la región, las penas máximas previstas en los códigos penales oscilan alrededor de los 40 años. Así lo describen Cita y González:

En América Latina, finalmente, se puede señalar a Bolivia, presidio hasta treinta (30) años; Costa Rica, prisión hasta cincuenta (50) años; Cuba, privación temporal de libertad, hasta treinta (30) años, salvo los casos de pena indeterminada superior por razones de la gravedad extraordinaria del hecho, la reincidencia o el concurso de delitos; Ecuador, reclusión mayor hasta cuarenta (40) años; El Salvador, prisión hasta sesenta (60) años; Guatemala, prisión hasta por cincuenta (50) años y Honduras, con reclusión hasta por veinte (20) años⁵².

⁵¹ Dato del DANE disponible en: [https://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrngc8rrn2g4#:~:text=Fecundidad%2C%20mortalidad%20y%20esperanza%20de%20vida&text=La%20esperanza%20de%20vida%20\(que,a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres](https://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrngc8rrn2g4#:~:text=Fecundidad%2C%20mortalidad%20y%20esperanza%20de%20vida&text=La%20esperanza%20de%20vida%20(que,a%C3%B1os%20m%C3%A1s%20que%20los%20hombres).

Igualmente, este dato es recogido por el Banco Mundial, disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?locations=CO>

⁵² Cita, R. y González, I. (2018). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Ministerio de Justicia y del Derecho. Pág. 43



En atención a lo anterior, se busca un ajuste en los máximos de pena a imponer, y una relación de proporcionalidad entre la comisión de solo un delito, en contraste con la comisión plural de estos.

2. Ajuste en casos de flagrancia.

La iniciativa legal propone un ajuste en materia de flagrancia, relacionado con eliminar la restricción de la justicia premial en casos de capturas en esa modalidad.

Al respecto, se pretende derogar el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, que limita la justicia premial en casos de flagrancia. Lo anterior se concluye porque ello supone una vulneración del principio de igualdad, como quiera que frente a la misma situación (el allanamiento a cargos en el proceso penal) el legislador consagró dos consecuencias jurídicas distintas.

Además, el párrafo en cuestión contraría la finalidad de la figura del allanamiento o aceptación de cargos, que es obtener pronta y cumplida justicia, y asegurar en mayor medida los derechos de las víctimas. A cambio de ello, se otorga un beneficio punitivo en favor del procesado que asuma su responsabilidad de manera libre y voluntaria, y que será mayor en proporción a la instancia procesal en que se realice.

Como puede advertirse, dicha figura no guarda relación con la modalidad de la conducta, el delito imputado, ni con cualquier otro aspecto dogmático; mucho menos, con la forma de aprehensión del procesado. Ello se debe a que el beneficio que se otorga no es más que una contraprestación a los costos y el desgaste administrativo que se ahorra por parte del sistema judicial. Lo anterior, obedece a la materialización de la denominada '*justicia premial*'.

Contrario a estos postulados, la disposición normativa en cuestión desincentiva el allanamiento a cargos por parte de quienes son capturados en flagrancia. La causa de ello es el beneficio punitivo que recibirían es ínfimo en comparación con quienes han sido puestos en disposición de la justicia bajo otras circunstancias. Tanto así, que quien haya sido capturado en flagrancia y decida allanarse a cargos de manera inmediata, esto es, en la audiencia de formulación de imputación, obtendría un descuento punitivo menor a quien, capturado en un escenario distinto, se allane a cargos hasta la etapa de juzgamiento.

De esta forma, el imponer un criterio de reducción automática de ese beneficio, relativo únicamente a la modalidad de captura, genera una afectación del derecho a la igualdad. Adicionalmente, desnaturaliza la figura del allanamiento a cargos junto con la finalidad perseguida por ésta.

Es importante advertir que el apartado normativo en mención ha sido objeto de dos demandas de inconstitucionalidad en las que se adujo la vulneración del principio de



igualdad. No obstante, el análisis realizado por la Corte Constitucional en ambos casos se refirió a eventos concretos, como la instancia procesal que cobija⁵³ y su ausencia en el régimen normativo especial para congresistas⁵⁴. Estas situaciones distan demasiado de las consideraciones planteadas en este proyecto. Por consiguiente, la exequibilidad declarada en ambos casos no tiene ninguna trascendencia para esta potencial ley.

Como se dijo anteriormente, el motivo principal para derogar este párrafo es que resulta discriminatorio y contrario al principio de igualdad, no por la instancia procesal que refiere ni por estar contemplado solo en el régimen ordinario, sino por su distinción injustificada respecto a las personas que son capturadas en flagrancia y quienes no. Con esto se da a entender que los primeros no gozan de los mismos derechos y oportunidades que los segundos.

Cabe destacar que, aunque la norma contemple, por ejemplo, que por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación se concederá una rebaja punitiva *'hasta'* del 50%, la aplicación de ese *quantum* no procede de manera automática. Esto es debido a que corresponde al fallador determinar la rebaja que será concedida según el caso en concreto. Bajo estas circunstancias, incluso con la derogatoria del referido párrafo, nada impide que el juzgador, al momento de otorgar el beneficio punitivo, pueda evaluar la relevancia de la captura en flagrancia para efectos de determinar el monto a descontar.

3. Ajustes a la medida de aseguramiento de detención preventiva

A lo largo del presente proyecto se ha sostenido que el hacinamiento es una de las principales causas del estado de cosas inconstitucional en materia penal, penitenciaria y carcelaria. Se identificaron las carencias ligadas al modelo de ampliación de cupos como solución al hacinamiento, privilegiando en su lugar una respuesta a esta problemática basada principalmente en el fortalecimiento de los mecanismos alternativos al encarcelamiento.

Esta solución, aunque bien encaminada, sería insuficiente si los esfuerzos se concentran exclusivamente en fortalecer las alternativas a la pena de prisión intramural. Esto se debe a que, en Colombia, aproximadamente una de cada tres personas privadas de la libertad lo está en virtud de una medida de aseguramiento intramural⁵⁵. Por tanto, resulta estrictamente urgente y necesario que: (i) se haga un uso más excepcional, proporcional y racional de las medidas de aseguramiento y (ii) se impulse el fortalecimiento del régimen de medidas de aseguramiento alternativas a la prisión.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-645 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-240 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁵ Iturralde, Santamaría & Uribe, *Covid-19 y la crisis estructural de las prisiones en Colombia. Diagnóstico y propuestas de solución*, Friedrich Ebert Stiftung, diciembre 2020, p. 24.



En esta última línea gravitan la mayoría de los cambios sugeridos por el Ministerio de Justicia y Derecho en el presente proyecto de ley, por medio de la articulación de una perspectiva humanística con enfoque diferencial —que fija la atención en personas que sufrirían limitaciones o pérdidas extraordinarias, desproporcionadas y en algunos casos irreversibles de sus derechos fundamentales— con la mencionada necesidad de fortalecer el régimen de medidas de aseguramiento alternativas a la prisión, se ha considerado la modificación de los numerales 2, 3 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Veamos.

a. Respecto al numeral 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, se hace una modificación para que la sustitución de la medida de aseguramiento intramural por domiciliaria opere cuando el procesado tenga 60 o más años —previa valoración “de que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia”—. Con esto, se soluciona un fallo técnico-jurídico del actual numeral 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Este fijó la fecha de 65 años para acceder a la sustitución, buscando dar un trato de especial consideración con los “adultos mayores”. Sin embargo, si observamos la Ley 1251 de 2008 (por medio de la cual y dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores), se indica que es adulto mayor “aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más”. En esta misma línea, el Código Penal tipifica el delito de “Maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años”, considerando que a partir de los 60 años se es sujeto de especial protección legal. Con el cambio propuesto se solucionará entonces el problema de infrainclusión en la protección del adulto mayor menor de 65 años, que genera el actual numeral 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

b. Respecto al numeral 3 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, la modificación propuesta busca una protección más intensa a la salud y dignidad de la población gestante. En la actualidad, la sustitución de la medida intramural por una domiciliaria procede desde que a la persona procesada le falten dos meses para el parto hasta seis meses siguientes a la fecha del nacimiento. La propuesta, más humanista y consciente de la necesidad de adoptar un enfoque diferencial en estas situaciones, reduce el tiempo que la persona debe esperar para obtener la medida de los dos (2) meses previos al momento del parto a cuatro (4) meses previos. En cuanto al lapso por el que se mantendrá la sustitución, este se mantiene hasta los seis (6) meses después del nacimiento. Sin embargo, también se agrega la protección de la persona ante una nueva situación, pues el plazo irá hasta **“tres (3) meses después si no se produce el nacimiento por interrupción del embarazo, inducida o espontánea, siempre que la persona procesada tenga al menos dos (2) meses de embarazo”**.

c. Respecto al numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, cabe recordar que la legislación actual indica que procede la sustitución de la medida de



aseguramiento intramural por domiciliaria, cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente. En la propuesta, se ha mantenido la causal. Sin embargo, en consonancia con la Ley 1251 de 2008, se indica expresamente que también se es cabeza de familia cuando se tiene bajo su cuidado una persona mayor o que no puede valerse por sí misma. Igualmente, se agrega una cláusula en virtud de la cual el juez, en su valoración, deberá atender especialmente la protección de la unidad familiar y la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo dependencia de la persona procesada. Esto en consonancia, entre otros, con el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales.

Adicionalmente, se reconoce que, si bien muchas veces existen motivos para que las medidas de aseguramiento, no obstante, en diversas ocasiones se prioriza la medida de aseguramiento intramural por sobre otras medidas, incluso más eficientes para cumplir los fines perseguidos. Adicionalmente, existen varios casos en los cuales los tiempos máximos de la medida de aseguramiento han sido superados, y debe reenfocarse esta imposición. En este sentido se propone la siguiente modificación:

En el parágrafo 1 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004 se hace una modificación para que una vez se cumpla el término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de víctimas, se sustituya de manera obligatoria la medida por una u otra no privativa de la libertad. El cambio fundamental viene respecto a que no existe la posibilidad de sustitución, sino que, si se solicita, se deberá hacer la sustitución.

Lo anterior permite dar cumplimiento a varios objetivos: (i) incentivar la pronta resolución de la situación jurídica de las personas privadas de la libertad, poniendo un incentivo importante para que los operadores jurídicos agilicen los procesos de forma ágil; (ii) en los casos en que no sea posible la agilización de los procesos, al menos se dará la reconsideración de la medida de aseguramiento haciendo una sustitución de la misma; (iii) permitirá a los operadores jurídicos poner en ejercicio aquellas medidas de aseguramiento que tienen vocación de cumplir los fines de la medida, pero que han estado en desuso por el desconocimiento de la excepcionalidad de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Aunado al objetivo que tiene el proyecto de que las medidas de aseguramiento no privativa de la libertad se prefieran sobre aquellas privativas de la libertad, se propone una modificación del artículo 315 del Código de Procedimiento Penal en el siguiente sentido:

El proyecto consagra la posibilidad de que, en más casos, proceda, al menos desde el punto de vista objetivo la medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Esto lo hace por medio del número de delitos en los cuales procede al indicar que procede en aquellos casos en los que la pena principal no es privativa de la libertad, en delitos querrelables o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea de 8 años. La



novedad se encuentra en aumentar el mínimo de la pena como requisito para que proceda la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, de 4 a 8 años, dando un espectro más amplio de aplicación.

Ahora bien, el proyecto también reconoce que existen delitos de tal gravedad y reproche social que deben ser excluidos de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. La anterior consideración hace que el siguiente catálogo de delitos tenga una exclusión explícita en un inciso segundo del artículo 315 del código de procedimiento penal: crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, otras graves violaciones de derechos humanos o delitos dolosos contra la Administración Pública, salvo que se trate de delitos de omisión de agente retenedor o recaudador, revelación de secretos o los contenidos en el Capítulo 10 del Título XV del Código Penal. Además, excluye a aquellas personas reincidentes de acuerdo con lo señalado en el artículo 68 A del Código Penal.

4. Suspensión especial de la ejecución de la pena en caso de pequeños agricultores

Uno de los ajustes que se propone la presente iniciativa legislativa tiene que ver con que los pequeños agricultores que sean condenados por delitos de drogas enmarcados en el contexto de su actividad de agricultores de cultivos de uso ilícito accedan a la suspensión de la ejecución de la pena, siempre que participen de programas de sustitución de cultivos o programas similares que se definan.

Al respecto, el Acto Legislativo 02 de 2017 establece que los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (AF) que correspondan a derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y leyes de implementación del Acuerdo Final de Paz. Así mismo, que las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final de Paz.

En este sentido, el punto 4.1.3.4. del Acuerdo Final establece que: “a partir de una visión integral de la solución definitiva al problema de los cultivos de uso ilícito, que tiene un origen multicausal, incluyendo causas de orden social [...] el Gobierno se compromete a tramitar los ajustes normativos necesarios que permitan renunciar de manera transitoria al ejercicio de la acción penal o proceder con la extinción de la sanción penal contra los pequeños agricultores y agricultoras que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de cultivos de uso ilícito”.

Por ende, para brindar un tratamiento penal diferenciado a los eslabones más débiles de la cadena del narcotráfico y garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad en las sanciones penales es necesario concebir una acción afirmativa relacionada con la suspensión de la ejecución de la pena para los pequeños



agricultores de cultivos de uso ilícito. Claro está, supeditada al cumplimiento íntegro de una orden judicial y a su participación en los programas de sustitución de cultivos o similares que sean definidos.

Cabe destacar que esta medida se une a otra que está por implementarse que es la relacionada con la creación de un mecanismo de alternatividad penal para mujeres condenadas por delitos de drogas. En efecto, el proyecto de ley 093 de 2019 Senado/490 de 2020 cámara, próximo a sanción presidencial, establece acciones afirmativas en materia penal y penitenciaria para las mujeres cabezas de familia condenadas por los delitos de que tratan los artículos 375, 376 y 377 del Código Penal. Esto, en razón de que investigaciones de distintos sectores, inclusive de la propia institucionalidad, han mostrado que las mujeres y en sentido amplio las personas, que cometen estos delitos lo hacen debido a las condiciones de marginalidad y pobreza en la que se encuentran, carecen de antecedentes penales y generalmente, sus condenas no están concursadas con delitos violentos⁵⁶.

En ese marco, el esquema de alternatividad penal que se crearía con el presente proyecto de ley, dirigido a pequeños agricultores de cultivos de uso ilícito, se sumaría a los esfuerzos del Estado ya encaminados para replantear la persecución penal de los eslabones más débiles de la cadena del narcotráfico.

5. Disposiciones que ajustan las reglas de imposición de multas acompañantes a la pena de prisión.

Un factor crucial en la reinserción social tras el paso de prisión es que las personas pospenadas puedan ingresar a la economía formal. Infortunadamente, dentro de las principales barreras para este acceso está el que, dado que la mayoría de la población recluida corresponde a personas en situación de pobreza, al estar sus penas acompañadas de multas, una vez fuera de prisión, se les anula cualquier posibilidad de conseguir un empleo formal dados sus incumplimientos en el pago de las multas. Por ende, el proyecto de ley define que el juez, al momento de imponer sentencia, puede considerar dejar de imponer la multa acompañante con la pena de prisión, siempre que se demuestre que la condición socioeconómica de la persona hace inviable el pago de la misma.

6. Se clarifica cómo puede garantizarse el derecho a la libertad de práctica de culto al interior de los establecimientos de reclusión del orden nacional.

⁵⁶ Ministerio de Justicia y del Derecho, UNODC (2019). Caracterización de las condiciones socioeconómicas de mujeres relacionadas con problemas de drogas. Las mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas.

Pontificia Universidad Javeriana, Comité Internacional de la Cruz Roja CICR, Centro de Investigación en Docencia Económica (CIDE) (2018). Mujeres y prisión en Colombia desafíos para la política criminal desde un enfoque de género.

Dejusticia, WOLA (2016). “Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento. Una Guía para la Reforma de Políticas en Colombia”.



El proyecto de ley dispone que el INPEC debe asegurar ciertos procedimientos para que las personas privadas de la libertad puedan materializar el ejercicio de su libertad de práctica de culto al interior de los establecimientos de reclusión del orden nacional. En específico, se establece que se deben garantizar celebraciones religiosas o de cultos, el ingreso de autoridades religiosas o de cultos, la coordinación de su diálogo con las personas privadas de la libertad, entre otras.

Estas reglas buscan dotar de seguridad jurídica a las autoridades religiosas y de cultos cuando realizan actividades al interior de los establecimientos de reclusión del orden nacional, con el fin de asegurar que las personas privadas de la libertad tengan acceso al ejercicio de su derecho de libertad de culto.

Finalmente, se establece que la información relativa a la religión o culto de las personas privadas de la libertad deberá ser debidamente registrada por el INPEC.

7. Actualización de certificados de redención periódicamente

Otro de los ajustes que se propone el proyecto de ley tiene que ver con asegurar la remisión periódica de los certificados de redención de pena de las personas privadas de la libertad, máximo cada tres meses, a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Esta medida busca asegurar oportunidad en la solicitud de subrogados penales y beneficios administrativos, que hasta el momento es un factor de retraso en el trámite de estos mecanismos.

8. Inducción a la persona privada de la libertad al ingreso a establecimientos de reclusión del orden nacional

El proyecto de ley plantea que las personas privadas de la libertad puedan recibir información al llegar a prisión relativa a sus derechos, deberes, programas de resocialización disponibles y el reglamento interno del establecimiento. Esta información se considera información mínima que debe ser conocida por la persona privada de la libertad desde el primer momento de su encarcelamiento, teniendo en cuenta que la persona ingresa a una institución total, que gobierna muchos aspectos de la vida del recluso, que no son intervenidas en libertad. La claridad en la información que se dé en el ingreso a prisión es fundamental para evitar vulneraciones de derechos y para mitigar conductas que deriven en faltas disciplinarias por desconocimiento de las reglas del establecimiento.

9. Disposiciones que modifican el régimen de antecedentes penales para fortalecer la reinserción social

De acuerdo con el artículo 248 de la Constitución Política, se consideran antecedentes penales y contravencionales las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva.



En ese marco, el Código de Procedimiento Penal estableció la comunicación de las sentencias ejecutoriadas a las entidades que tienen funciones de policía judicial y, específicamente, al INPEC, Registraduría Nacional del Estado Civil y Procuraduría General de la Nación (art. 166, Ley 906 de 2004).

Además, para el caso de las sentencias absolutorias y de la información sobre la ejecución de la sentencia, relacionada con la vigencia de la condena y la redosificación, el Código de Procedimiento Penal determinó que serán informadas a la Fiscalía General de la Nación. Ello se realiza con la finalidad de actualizar los registros de las personas vinculadas a procesos penales (arts. 166 y 167, Ley 906 de 2004). Sin embargo, a la fecha, las bases de datos de las entidades no son actualizadas oportunamente y las personas son víctimas de detenciones y tratos arbitrarios y discriminatorios, aun cuando ya cumplieron la pena o se encuentran ejecutando algún subrogado penal como la libertad condicional, donde necesitan acceder al mercado laboral para disminuir los factores de riesgo de la reincidencia.

Por su parte, el Código Penitenciario y Carcelario, en el marco del servicio pospenitenciario y de la integración de las personas que han estado privadas de la libertad, estableció que, una vez cumplida la pena, los antecedentes penales no podrán ser motivo de discriminación social o legal (art. 162).

Ahora bien, respecto de la consulta de los antecedentes judiciales, el Decreto Ley 19 de 2012 le atribuyó al Ministerio de Defensa Nacional (Policía Nacional) la responsabilidad de custodiar la información judicial y la implementación de una herramienta de consulta en línea. Con ésta se garantizará el derecho al acceso a la información sobre los antecedentes, bajo los lineamientos establecidos en la Ley Estatutaria de Protección de Datos Personales⁵⁷.

La mencionada Ley Estatutaria contempla seis principios clave para el manejo de datos personales, entre ellos el de finalidad y de acceso y circulación restringida. El primero hace referencia a la finalidad legítima que debe tener el tratamiento de datos, de acuerdo con la Constitución y la Ley. El segundo dispone que los datos personales “no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley”. En otras palabras, señala que la divulgación de los datos personales tiene una naturaleza restringida.

En este punto, vale la pena mencionar que, respecto al principio de finalidad, la Corte Constitucional ha entendido que “en términos generales el acopio, procesamiento y

⁵⁷ De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 1581 de 2012, las normas y disposiciones de la Ley Estatutaria de Protección de Datos Personales aplican a los “datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada”.



divulgación de los datos personales debe obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, la cual, además de ser definida de manera clara, suficiente y previa, debe ser informada oportunamente a su titular” (T-720/14).

Igualmente, esa Corporación le ha dado al manejo de datos personales una triple faceta de protección, orientada a que: (i) el procesamiento de los datos tenga un propósito específico y explícito; (ii) la finalidad de la recolección sea constitucionalmente legítima; y (iii) la consolidación de los datos sea destinada a un fin exclusivo (SU-139 de 2021). De acuerdo con la sentencia SU-139 de 2021, aun cuando los antecedentes judiciales encuentran soporte en una providencia judicial en firme y, por ello, tienen en principio una dimensión pública, la información es, en estricto rigor, semiprivada, habida cuenta de que su acceso, incorporación a bases de datos y divulgación se encuentra limitado. Adicionalmente, un tercero solo puede tener conocimiento de la integralidad del dato siempre y cuando medie un interés constitucional y legalmente reconocido.

En el marco de la información precedente, este proyecto de ley busca materializar que el manejo y divulgación de los antecedentes penales respondan a una finalidad clara y precisa, no se prolonguen después de cumplida la condena y no dificulten la inclusión social, familiar y laboral de las personas que han estado privadas de la libertad. En ese sentido, incorpora normas encaminadas a: (i) actualizar de oficio las bases de datos en un tiempo determinado, de manera que se evite su exposición cuando ya se ha cumplido la pena o se está ejecutando un subrogado penal o beneficio administrativo; (ii) evitar detenciones o tratos discriminatorios; (iii) circunscribir la divulgación a la finalidad legal y constitucional de las entidades, para evitar prácticas de exclusión social y la publicidad indiscriminada; y (iv) anonimizar los antecedentes judiciales de las bases públicas cuando la persona condenada haya cumplido la pena, se encuentre con la pena suspendida, en libertad condicional, en franquicia preparatoria o la pena haya prescrito.

Igualmente, el proyecto de ley busca garantizar el derecho al olvido recogido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la providencia N° 20889 del 19 de agosto de 2015. En esa ocasión, esa Corporación concluyó que se vulnera el derecho al habeas data y otros como la intimidad, buen nombre y honra, cuando la divulgación de antecedentes penales a terceros no se sujeta a los principios de finalidad, necesidad, utilidad y circulación restringida. En ese sentido, concluyó:

Al hacerse de una forma no orgánica, sin asidero en el ordenamiento jurídico, acarrea prácticas discriminatorias en el mercado laboral, y obstruye las posibilidades de reinserción de las personas que, cumplida o prescrita la pena, han superado sus problemas con la ley, pues la finalidad de facto que en tales términos termina cumpliendo la información sobre antecedentes penales riñe con los propósitos resocializadores de la pena, y desconoce mandatos legales concretos sobre el punto.

Finalmente, el proyecto de ley propone que el registro y la divulgación de los



antecedentes penales por parte de la Procuraduría General de la Nación se restrinja a la certificación de antecedentes disciplinarios. También, busca que se evite la exposición indiscriminada del proceso judicial, los delitos y otros asuntos que no responden a la competencia constitucional y legal atribuida a esa entidad. En este caso, se materializará el principio de acceso y circulación restringida, para que la circulación de los datos esté sometida a los límites específicos establecidos por el objeto de la base de datos.

El propósito de la modificación de estos tres artículos es facilitar el proceso de resocialización de las personas que han sido condenadas por la comisión de delitos, mediante la limitación del poder de difusión y de control social que se deriva de las bases de datos de antecedentes penales.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución, según el cual “[u]nicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”, y conforme a la necesidad de armonizar los contenidos de los derechos fundamentales de acceso a la información pública y de habeas data, se proponen algunos ajustes a las disposiciones contenidas en los artículos 162 de la Ley 65 de 1993, 94 del Decreto Ley 19 de 2012, y 238 de la Ley 1952 de 2019. Las cuales son disposiciones que regulan aspectos propios de la administración de las bases de datos de antecedentes penales.

Por el poder que tiene la información personal sobre antecedente penales contenida en bases de datos de afectar distintos intereses constitucionales (entre ellos, la posibilidad de resocialización efectiva de las personas que han sido condenadas) y también, por la necesidad de que esta información esté disponible para el cumplimiento de finalidades legítimas (el cumplimiento de la ley en sentido amplio), la misma debe estar sometida a unas reglas de difusión, circulación y acceso especiales.

La información personal de los antecedentes judiciales de carácter penal ha sido considerada por la Corte Constitucional como un dato negativo; esto es, como un dato que asocia una situación desfavorable al nombre de una persona, (Sentencias C-135 de 2003 y SU-458 de 2012). También ha sido considerado como un dato semiprivado, esto es, un dato que tiene cierta cercanía con aspectos propios de la intimidad de las personas. (Sentencia SU-139 de 2019).

El ajuste al artículo 162 de la Ley 65 de 1993 mantiene la inspiración y el propósito del texto original. Esta es que la base de datos de antecedentes penales no pueda ser instrumentalizada para activar prácticas de “discriminación social o legal”, mediante la expedición de constancias o certificados a partir de su consulta.

En especial, se insiste en la importancia de evitar que, a partir de su consulta abierta al público, o de la expedición oficial de constancias o certificados, se pueda inferir la existencia de antecedentes penales que impidan el proceso de resocialización de las



personas que fueron condenadas penalmente.

La modificación propuesta pone a tono la legislación con el precedente constitucional establecido en la Sentencia SU-458 de 2012. En este caso, la Corte Constitucional dejó claro que la publicidad de información relativa a la existencia de condenas, en los eventos en que la pena estuviese cumplida o prescrita, resultaba violatoria de los derechos fundamentales al habeas data, a la no discriminación y al trabajo.

A esta prohibición, que había sido afirmada con especial claridad en la Sentencia SU-458 de 2012, se suman dos hipótesis: la de excluir de la constancia o del certificado que se expida, la inscripción de las condenas de quienes se encuentren en libertad condicional, prestación de servicios de utilidad pública o en franquicia preparatoria. Lo anterior, por cuanto el Estado debe asegurar la posibilidad real de reinserción social de las personas que salen de prisión, sin que queden sometidas a reductos de exclusión permanente. Finalmente, para hacer efectivo este propósito se introduce de forma explícita el deber de actualización oficiosa de la información y se establece que el Consejo Superior de la Judicatura establecerá lo pertinente para que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad cumplan con su deber de comunicar las vicisitudes de las condenas penales de forma estandarizada y oportuna.

Con el fin de concordar la legislación en la materia, y de reforzar el propósito de optimizar las condiciones para la resocialización de quienes tienen antecedentes penales, también se introducen ajustes a la redacción del artículo 94 del Decreto ley 19 de 2012.

Se mantiene la responsabilidad de la administración y custodia de base de datos de antecedentes penales de consulta pública en cabeza de la Policía Nacional. También, se afirma y se extiende el deber de actualización de la información pertinente a todas las entidades que administren bases de datos sobre antecedentes penales, en especial, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación.

En relación con estas bases de datos se introducen tres ajustes. Primero, se adicionan las hipótesis de libertad condicional, prestación de servicios de utilidad pública y franquicia preparatoria como hipótesis que limitan la difusión o el acceso en línea de los antecedentes penales, con el fin de concordar su contenido con la reforma propuesta al artículo 162 de la Ley 65 de 1993. Segundo, se excluye la difusión o el acceso en línea de los antecedentes penales en las hipótesis en que las personas hayan sido condenadas exclusivamente a la pena de multa. Y tercero, se ordena que en todos los casos previstos en dicho artículo (pena cumplida, prescrita o suspendida, libertad condicional, prestación de servicios de utilidad pública y franquicia preparatoria, y pena exclusivamente de multa) “la leyenda que aparezca relativa a la consulta de antecedentes judiciales deberá ser idéntica a la de las personas sin antecedentes judiciales.”

Este último aspecto es de especial importancia porque, por un lado, recoge el



precedente en la materia fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-458 de 2012; y por el otro, establece un mandato claro de utilizar la misma leyenda, al expedir la constancia o el certificado, entre quienes tienen antecedentes (pero están en alguna de las hipótesis previstas en el artículo) y quienes no tienen antecedentes.

Con este ajuste se busca evitar la práctica del administrador de la base de datos de antecedentes penales de expedir constancias con distintas leyendas a partir de confundir la existencia de antecedentes penales con la de requerimientos judiciales. Esta práctica fue bien documentada en el caso de la Sentencia SU-139 de 2021. En esta providencia, la Corte estudia a profundidad la forma en que la Policía Nacional expide las constancias de antecedentes y facilita o no, el acceso a la información contenida en sus bases de datos, incluida la de antecedentes penales. Con este ajuste, se busca introducir un mandato claro: no pueden existir formas diferenciadas de dar constancia en línea de antecedentes penales. O la persona tiene antecedentes penales (porque ha sido condenada y no está en una de las hipótesis previstas en este artículo o en el artículo 162 de la Ley 65 de 1993) o la persona no tiene antecedentes penales. Solo así se puede lograr que la consulta o la expedición de constancias a partir de esta base de datos no engendre prácticas discriminatorias e impida la resocialización de las personas que fueron condenadas.

Adicionalmente, con el objetivo de dar concreción al “principio de veracidad o calidad” de la información, que ordena que la información contenida en estas bases de datos esté actualizada (artículo 4, de la Ley 1581 de 2012, Estatutaria de protección de datos personales), se establece el deber oficioso de los jueces de ejecución de penas de informar las vicisitudes relacionadas con la imposición de las penas, su cumplimiento, su suspensión o prescripción; y el de las tres circunstancias adicionales que buscan limitar la publicidad de la información sobre antecedentes penales: la libertad condicional, prestación de servicios de utilidad pública y la franquicia preparatoria.

A este deber oficioso se suma también la competencia de las autoridades carcelarias y penitenciarias de requerir su actualización. Adicionalmente, se reconoce el derecho del titular de los datos personales a solicitar lo propio en ejercicio de su derecho al habeas data, reconocido en el artículo 15 de la Constitución. Asimismo, se busca que la actualización se realice de forma expedita para lo cual se fija un término de 10 días hábiles y se establece que para ello bastará la exhibición de la providencia judicial de la que se pueda inferir alguna de las hipótesis reguladas en este artículo.

Finalmente, en relación con el artículo 238 de la Ley 1952 de 2019 se introducen cuatro ajustes. El primero, es adecuar la competencia que tiene la Procuraduría General de la Nación de administrar una base de datos de antecedentes penales a las finalidades propias de dicha institución. En especial, se consideran los fines ligados a la protección del principio de moralidad administrativa y a las condiciones necesarias para hacer efectivas las inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, incluidas



las que se deriven de condenas penales.

Este ajuste se propone en concordancia con el mandato legal de informar a la Procuraduría General de la Nación sobre la existencia de condenas penales cuando la pena principal es privativa de otros derechos, como la destitución o la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (artículos 35, 43 literales 1 y 2, 44 y 45 de la Ley 599 de 2000) o cuando se trata de la pena, accesoria de la privación de libertad, de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (artículo 52 de la Ley 599 de 2000).

Con este ajuste, se pretende limitar la finalidad del acceso, difusión y circulación de la información de la base de datos de antecedentes penales que administra y custodia la Procuraduría General de la Nación al ejercicio de sus funciones preventivas. En especial, a las establecidas en los numerales 1, 5 y 6 del artículo 277 de la Constitución, de vigilar que quienes aspiren a vincularse al servicio público o a contratar con el Estado no estén inhabilitados. En pocas palabras, persigue impedir que el acceso a la información sobre antecedente penales de los sistemas de información de la Procuraduría General de la Nación pueda ser utilizado para impedir la resocialización de las personas que han sido condenadas por la comisión de delitos, por fuera de las finalidades constitucionales legítimas que justifican su existencia.

El segundo ajuste guarda relación con el nombre y el contenido del certificado que debe expedir la Procuraduría General de la Nación y que, hasta el momento, se conoce como “certificado de antecedentes disciplinarios”: primero, reconoce la realidad de que, en la práctica, no solo se certifica los antecedentes disciplinarios, sino que se certifica la existencia de inhabilidades que, como se sabe, pueden tener origen en múltiples actos jurídicos, incluidas las sentencias condenatorias en materia penal; segundo, precisa el contenido del certificado: las sanciones disciplinarias impuestas en los últimos 5 años (según el precedente de la Corte Constitucional fijado en la Sentencia C-1066 de 2002) y la existencia de inhabilidades vigentes incluidas las que excedan el término de 5 años.

El tercer ajuste está orientado a precisar el deber de certificar las inhabilidades intemporales en las hipótesis de nombramiento o posesión en cargos que así lo exijan. A manera de ejemplo, se tiene el caso de los altos dignatarios del Estado (Presidente de la República, Magistrados de Altas Cortes, Fiscal General de la Nación, etc.).

El cuarto ajuste está orientado a concretar la finalidad de la reforma: evitar que el acceso a los antecedentes penales en los sistemas de información de la Procuraduría General de la Nación afecte la posibilidad de reinserción social de las personas que han sido condenadas penalmente, sin que ello impida el acceso a esta información por parte de autoridades públicas legitimadas para ello, ni el acceso de los datos al propio titular de la información, en ejercicio de su derecho fundamental al habeas data. Por esto, se establecen límites al contenido y oportunidad del certificado. En consecuencia, por fuera de las hipótesis legales y constitucionales, el acceso a



información sobre antecedentes penales y la competencia-obligación de certificarlos por parte de la Procuraduría, solo será posible si así lo solicita directamente el titular de la información personal o una autoridad pública debidamente legitimada para ello.

10. Procedimiento civil para reparar el daño por imputaciones deshonrosas o falsas sobre comisiones de delitos

El Ministerio de Justicia y del Derecho, como se detalló más arriba, realizó una revisión de la regulación actual de los delitos de injuria y calumnia, así como su impacto en el sistema penal y en la política criminal colombiana. Las conclusiones alcanzadas revelan que dotar de consecuencias penales a este tipo de comportamientos implica un gran costo para la rama judicial que se traduce en pocos resultados. Tampoco, se logran, con esto, los fines del proceso penal o de la pena, ni si quiera los disuasivos.

De igual manera, se advierte que las personas cuentan con mecanismos mucho más eficientes para reestablecer las afectaciones a su honra y buen nombre que no implican acudir al proceso penal. Bajo este entendimiento, se propone descriminalizar los tipos penales injuria y calumnia. En su lugar, se plantea la especificación de los asuntos que discutan la reparación derivada de imputaciones deshonrosas o sobre la falsa comisión de delitos se adelantará, en la especialidad civil, mediante el trámite del proceso verbal.

IMPACTO FISCAL DE LA PRESENTE INICIATIVA LEGISLATIVA

La propuesta legislativa que se somete a consideración del Congreso de la República ha sido elaborada teniendo en cuenta el marco fiscal de mediano plazo, así como el Plan Plurianual de Inversiones, dejando como consideración que no genera un impacto fiscal a las finanzas públicas de la Nación. Para el efecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La despenalización de algunas conductas no generaría costos adicionales para la administración de justicia. Por el contrario, supone que los operadores judiciales dispongan menos recursos en el registro, investigación y judicialización de las conductas típicas que saldrían del Código Penal.
- La apuesta por la justicia restaurativa como mecanismo anticipado para la resolución de los conflictos sociales que puedan decantarse a través de esta forma de justicia implica: (i) el uso de las capacidades instaladas en materia de mediación de que disponen los centros de conciliación y mediación; y (ii) que la administración de justicia no deba tramitar todas las audiencias previstas para el proceso penal.
- La implementación del modelo de progresividad dentro de la fase de ejecución penal implica que las personas privadas de la libertad pasen, en la práctica,



menos tiempo en privación de la libertad en establecimientos de reclusión del orden nacional a cargo del INPEC. Esto significa que el sistema penitenciario y carcelario eventualmente emplearía menos recursos para el sostenimiento de las personas privadas de la libertad. Por ejemplo, en los casos en que se aplique la prisión domiciliaria, esto significará que el sistema no tendrá que invertir en servicios como el de la alimentación y que podrán emplearse en otras necesidades del sistema penitenciario y carcelario para la superación del estado de cosas inconstitucional.

- La apuesta por ampliar la capacidad instalada en materia de resocialización en los establecimientos del país está construida sobre la base del apalancamiento en el sector privado y la sociedad civil. Adicionalmente, los recursos que se dejen de invertir en el sostenimiento de las personas que reciban subrogados penales serán destinados a reforzar los programas de resocialización, que incluyen la puesta en marcha de prácticas restaurativas al interior del sistema penitenciario y carcelario.
- La reforma de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, a partir de niveles de preparación para la libertad, no supone gastos adicionales. Lo propuesto en el proyecto de ley es una transformación de la visión de los establecimientos de reclusión del orden nacional, para que dejen de operar en una función estrictamente securitaria y den paso a una configuración en clave de tratamiento penitenciario y garantía de derechos.

En la actualidad, las penitenciarías y, en la práctica, sus patios, se disponen en función de la seguridad, así: alta, mediana y mínima seguridad. Esta denominación ha traído consigo diversos problemas: (i) ha dado lugar a generar una conciencia unidimensional de las cárceles como lugares en donde se ejecuta una función únicamente de seguridad, y (ii) ha generado confusiones con las fases del tratamiento penitenciario, las cuales se denominan de la misma manera (alta, mediana y mínima seguridad). La propuesta es, entonces, un punto de partida hacia la implementación de una cultura y gestión de las prisiones que tenga como pilar central la resocialización.

Como se observa, el proyecto de ley está ajustado a las posibilidades fiscales del país y del sector justicia, y hace uso de las capacidades instaladas y de los recursos existentes para lograr una transformación de la política criminal y penitenciaria en el país.