REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA

GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXIII - Nº 1928 Bogotá, D. C., martes, 12 de noviembre de 2024 EDICIÓN DE 52 PÁGINAS

DIRECTORES: SAÚL CRUZ BONILLA
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO (e)
www.secretariasenado.gov.co

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

ACTAS DE COMISIÓN

COMISIÓN PRIMERA CONSTITUCIONAL PERMANENTE

DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

AUDIENCIA PÚBLICA MIXTA DE 2024

(octubre 21)

Convocada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Honorable Senado de la República

Salón Guillermo Valencia - Capitolio Nacional y en la Plataforma Virtual Zoom

• **Proyecto de Ley número 281 de 2024 Senado**, *por medio del cual se modifican las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz*.

Siendo las 9:19 a. m. del día 10 de septiembre de 2024, la Presidencia ejercida por el honorable Senador *Ariel Ávila Martínez,* da inicio a la Audiencia Pública Mixta, previamente convocada y con la presencia en el salón de la Comisión Primera de Senado salón Guillermo Valencia – Capitolio Nacional y en la plataforma virtual zoom de los Honorables Senadores miembros de la Comisión Primera del Honorable Senado.

El orden del día para la audiencia es el siguiente:

AUDIENCIA PÚBLICA (MIXTA)

AUDIENCIA PÚBLICA SOBRE:

• **Proyecto de Ley número 281 de 2024,** *por medio del cual se modifican las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz.*

Autor: Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor *Gerson Chaverra Castro*; la Fiscal General de la Nación, doctora *Luz Adriana Camargo Garzón*; y la Ministra de Justicia y del Derecho, doctora *Ángela María Buitrago Ruiz*, con el acompañamiento de honorable Senador *Julián Gallo Cubillos*, honorable Representante *Héctor Chaparro Chaparro, Pedro Suárez Vacca, Gildardo Silva Molina, Alirio Uribe Muñoz, Mary Anne Perdomo, Eduard Sarmiento Hidalgo, Gabriel Parrado Durán, Jorge Tamayo Marulanda, Ermes Pete Vivas, Reinaldo Cala Suárez, Pedro Baracutao García, Piedad Correal Rubiano, Gabriel Becerra Yáñez, Cristóbal Caicedo Angulo, Gloria Arizabaleta Corral, Heráclito Landínez, Norman Bañol Álvarez, Susana Gómez Castaño, Alejandro Ocampo Giraldo, María del Mar Pizarro, Dorina Hernández Palomino, Álvaro*

Rueda Caballero, Dolcey Torres Romero, Erick Velasco Burbano.

Ponentes: Honorables Senadores *Ariel Fernando Ávila Martínez* (Coordinador), *Fabio Raúl Amín Saleme, Carlos Fernando Motoa Solarte, German Blanco Álvarez, Paloma Valencia Laserna, Maria José Pizarro Rodríguez, Aída Quilcué Vivas, Alfredo Deluque Zuleta, Julián Gallo Cubillos.*

Publicación: Proyecto Original: ***Gaceta del Congreso*** número 1720 de 2024.

Intervinientes: Personas Naturales o Jurídicas, Partidos Políticos; para que formulen sus observaciones, inscritos previamente de conformidad con el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992; e invitados especiales.

Convocada por la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Honorable Senado de la Republica.

Mediante Resolución número 06 del 16 de octubre de 2024

Cuatrienio 2022-2026 Legislatura 2024-2025 Primer Periodo

Día: lunes 21 de octubre de 2024

Lugar: Salón Guillermo Valencia- Capitolio Nacional Primer Piso

y Plataforma Zoom.

Hora: 9:00 a. m.

I

Lectura de la Resolución número 06 del 16 de octubre de 2024

II

Intervenciones invitados especiales e inscritos

“La Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Honorable. Senado de la Republica informa que, para esta audiencia, la presencia será mixta a través de la plataforma Zoom, la invitación para la conexión, el ID y la contraseña se enviará vía WhatsApp”.

El Presidente,

Honorable Senador *Ariel Fernando Ávila Martínez.*

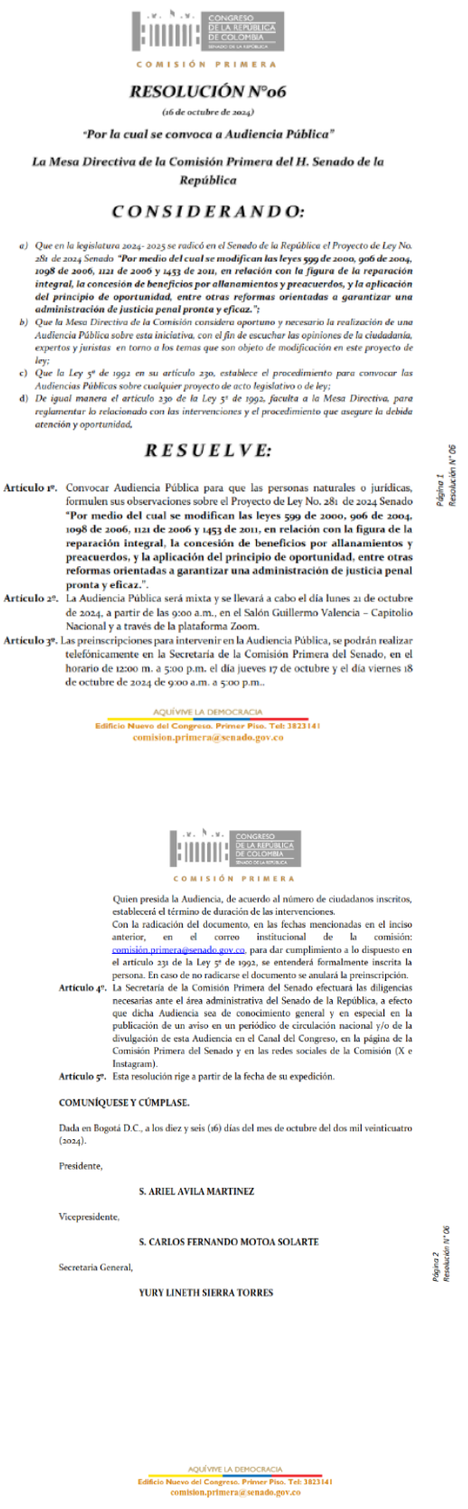
El Vicepresidente,

Honorable Senador *Carlos Fernando Motoa Solarte.*

La Secretaria General Comisión Primera Senado,

Yury Lineth Sierra Torres.

Atendiendo instrucciones de la Presidencia por Secretaría se da lectura a la Resolución número 06 del 16 de octubre de 2024.



CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN PRIMERA

RESOLUCIÓN N°06

(16 de octubre de 2024)

"Por la cual se convoca a Audiencia Pública"

La Mesa Directiva de la Comisión Primera del H. Senado de la República

CONSIDERANDO:

a) *Que en la legislatura 2024- 2025 se radicó en el Senado de la República el Proyecto de Ley No. 281 de 2024 Senado* ***"Por medio del cual se modifican las leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz."****;*
b) *Que la Mesa Directiva de la Comisión considera oportuno y necesario la realización de una Audiencia Pública sobre esta iniciativa, con el fin de escuchar las opiniones de la ciudadanía, expertos y juristas en torno a los temas que son objeto de modificación en este proyecto de ley;*
c) *Que la Ley 5ª de 1992 en su artículo 230, establece el procedimiento para convocar las Audiencias Públicas sobre cualquier proyecto de acto legislativo o de ley;*
d) *De igual manera el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992, faculta a la Mesa Directiva, para reglamentar lo relacionado con las intervenciones y el procedimiento que asegure la debida atención y oportunidad,*

RESUELVE:

Artículo 1º. Convocar Audiencia Pública para que las personas naturales o jurídicas, formulen sus observaciones sobre el Proyecto de Ley No. 281 de 2024 Senado **"Por medio del cual se modifican las leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 de 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz."**.

Artículo 2º. La Audiencia Pública será mixta y se llevará a cabo el día lunes 21 de octubre de 2024, a partir de las 9:00 a.m., en el Salón Guillermo Valencia – Capitolio Nacional y a través de la plataforma Zoom.

Artículo 3º. Las preinscripciones para intervenir en la Audiencia Pública, se podrán realizar telefónicamente en la Secretaría de la Comisión Primera del Senado, en el horario de 12:00 m. a 5:00 p.m. el día jueves 17 de octubre y el día viernes 18 de octubre de 2024 de 9:00 a.m. a 5:00 p.m..

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA
Edificio Nuevo del Congreso. Primer Piso. Tel: 3823141
comision.primera@senado.gov.co

Página 1 Resolución N° 06

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
SENADO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN PRIMERA

Quien presida la Audiencia, de acuerdo al número de ciudadanos inscritos, establecerá el término de duración de las intervenciones.
Con la radicación del documento, en las fechas mencionadas en el inciso anterior, en el correo institucional de la comisión: comisión.primera@senado.gov.co para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 5ª de 1992, se entenderá formalmente inscrita la persona. En caso de no radicarse el documento se anulará la preinscripción.

Artículo 4º. La Secretaría de la Comisión Primera del Senado efectuará las diligencias necesarias ante el área administrativa del Senado de la República, a efecto que dicha Audiencia sea de conocimiento general y en especial en la publicación de un aviso en un periódico de circulación nacional y/o de la divulgación de esta Audiencia en el Canal del Congreso, en la página de la Comisión Primera del Senado y en las redes sociales de la Comisión (X e Instagram).

Artículo 5º. Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a los diez y seis (16) días del mes de octubre del dos mil veinticuatro (2024).

Presidente,

S. ARIEL AVILA MARTINEZ

Vicepresidente,

S. CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Secretaria General,

YURY LINETH SIERRA TORRES

Página 2 Resolución N° 06

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA
Edificio Nuevo del Congreso. Primer Piso. Tel: 3823141
comision.primera@senado.gov.co

La Secretaria informa que, conforme a la resolución de esta Audiencia y para el conocimiento de la ciudadanía en general se realizaron las siguientes gestiones para la divulgación: un aviso para que fuera publicado en un periódico de circulación nacional, publicación en la página de la Comisión Primera del Senado (comisionprimerasenado.com) y en el twitter de la Comisión @PrimeraSenado e informando a la Oficina de Prensa del Senado para la publicación en el Canal del Congreso.

En el transcurso de la audiencia intervinieron los siguientes Ciudadanos:

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Diego Mauricio Olarte Rincón-Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa:

Senador muchísimas gracias, muchísimas gracias a la Comisión y a todos los asistentes, a los coautores de esta iniciativa por supuesto el saludo y a los asistentes virtualmente y presencialmente.

Queremos desde el Ministerio de Justicia hacer una presentación sobre 2 conceptos que ya se encuentran disponibles para acompañar esta iniciativa y tienen que ver con el concepto de impacto fiscal que emitió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la iniciativa y el concepto del Consejo Superior de Política Criminal.

El primero de ellos es el concepto del Ministerio de Hacienda, este es del 17 de septiembre, es previo a la radicación para pues tener todos los trámites, al ser una iniciativa de gobierno tiene que ser un trámite previo y este es un concepto de 2 páginas sencillamente porque el Ministerio de Hacienda después de revisar la iniciativa advierte que la misma no generaría impacto fiscal, toda vez que no propone creación ni de nuevos cargos, ni despachos judiciales y de esta manera pues no requeriría asignación de recursos adicionales a los ya destinados a los sectores involucrados.

Ese es el concepto del Ministerio de Hacienda, que evidentemente es muy breve porque la iniciativa es muy breve y no genera digamos decididamente ningún aspecto en materia fiscal.

El siguiente es un concepto del Consejo Superior de Política Criminal que ya revisó esta iniciativa y si me permiten paso a explicarlo en los minutos restantes, esta iniciativa tiene después de analizado el Consejo advirtió que tiene si se quiere 4 grandes componentes, un componente de reparación integral, un componente quizás el principal de justicia premial, un componente de prueba anticipada y un componente de función de control de garantías.

Con relación al componente de reparación integral, lo que hace la iniciativa es que reconoce que hay una virtud en la Ley 600 que fue el proyecto que enriquece el Instituto de Reparación Integral, que se puede hacer para digamos entre víctima y victimario para terminar anticipadamente los procesos penales y de allí que el proyecto ley se reconoce y se mira como positivo el hecho de que se traiga esa institución a la Ley 906, que de algún modo en mayor o menor medida se venía utilizando por analogía, pero lo que se quiere hacer en la actualidad es hacer un uso sostenible.

Así pues, no solo se crea un Artículo 78A en el Código de Procedimiento Penal, sino que también se crea como causal de extinción para hacer material esta posibilidad de hacer uso directo de la causal de reparación integral.

Lo siguiente es el ajuste en materia de justicia premial, la justicia premial digamos son 4 ajustes los principales, el primer ajuste es que se racionaliza o simplifica las causales de principio oportunidad actualmente en el Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal encontramos 18 causales, algunas muy seguramente que ni siquiera se han utilizado, entre otras, porque la redacción es absolutamente ambigua, lo que se buscó entonces fue hacer un ejercicio de racionalización de estas causales para finalmente tener 7 causales que quedan a disposición de los operadores de justicia para hacer un mayor uso de la misma.

Lo siguiente es que el principio de oportunidad puede tener un uso incluso en la etapa de indagación, hasta el momento digamos de acuerdo con la ley se puede hacer solo desde, digamos en la etapa de investigación después de la imputación y lo que busca este ajuste es que haya una mayor agilidad en el trámite que pueda adelantar la Fiscalía con relación al esclarecimiento de hechos, incluyendo pues por supuesto el uso de principio de oportunidad para avanzar en las investigaciones que tiendan a generar justicia pronta y eficaz a las víctimas.

En tercer lugar, hay un ajuste que se realiza al Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y consiste el ajuste en eliminar el parágrafo que actualmente lo que hace es excluir la posibilidad para que las personas capturadas en flagrancia puedan tener beneficios cuando realicen el allanamiento a cargos y este ajuste se consideró racional o razonable bajo el entendido que lo que ha pasado digamos con posterioridad a la reforma que incluyó este ajuste es lo siguiente, me permito traer un dato que fue propuesto, que fue analizado en el Consejo: La flagrancia. La absolución ha aumentado desde 2008 a 2019, en estos 11 años de contraste, mientras que había una absolución en 2 de 10 casos de flagrancia, pasamos a tener 6 casos de absolución de cada 10 casos que se ven.

Y esto lo que quiere decir es que los incentivos, digamos cada vez que cerramos la puerta para que las personas puedan allanarse a cargos estamos generando un incentivo perverso, porque los recursos de investigación son finitos, son limitados y cuando se cierran las posibilidad de allanamiento o de justicia premial hay más casos dentro del sistema penal, cuando hay más casos dentro del sistema penal se satura la administración de justicia, porque nuevamente, el sistema es limitado, sus recursos son limitados, si se satura la administración de justicia hay más posibilidades de que personas que muy seguramente si tuvieran beneficios de allanamiento desde el primer inicio pudieran allanarse y resolverse rápidamente con condenas rápidas y efectivas, pues están yendo a juicio y entre más juicios hay más posibilidades en este caso, eso es lo que dicen los datos, de absolución, nuevamente son casos de absolución en delitos de donde había aparentemente una flagrancia.

Por eso el Consejo Superior de Política Criminal estimó este ajuste pues necesario, en el sentido

de que se tiene que eliminar este parágrafo para privilegiar una mayor negociación, que es digamos las oportunidades de mayor negociación son las que generan que la justicia premial sea efectiva y que traiga los resultados en materia de esclarecimiento y en últimas el esclarecimiento y lo que se analizó en el Consejo de Política Criminal es que el esclarecimiento termina privilegiando los derechos de las víctimas, en tanto hay una justicia rápida, pronta, el sistema penal también genera unas condenas que también es un resultado pues que requerimos en punto de esclarecimiento, entonces digamos que había un círculo virtuoso allí.

Y finalmente hay una rebaja de mitad, pues hay una modificación que bastante conocida en prensa en los últimos días al Artículo... Finalmente en materia de justicia premial hay una modificación al Artículo 199, se ajusta una de las causales que permite que haya posibilidad de allanamiento, digamos una rebaja de la mitad de la mitad, pues como se ha comentado, que eso en últimas es hasta un cuarto de la posibilidad de rebaja de pena si la persona que es investigada decide allanarse a cargos, esto es digamos necesario aclararlo, la rebaja que se propone es de hasta un cuarto de la pena, es decir, si hay una pena de 60 años dividida en cuartos, esto es cada cuarto 15 años, hasta 15 años sería la rebaja, podría ser menos, definiendo digamos, esto lo definiría la autoridad judicial.

En esto también hubo debate en el Consejo Superior de Política Criminal y aunque mayoritariamente se votó a favor de la iniciativa en términos generales un concepto favorable, si hubo voces que discreparon con relación a este punto, pues porque entienden esas voces que hay derechos de niños, niñas y adolescentes que podrían verse comprometidos, tampoco es que haya habido digamos voces más profundas en el análisis, pero si esa consideración quedó expresada en el Consejo.

Con relación a la prueba anticipada, otro de los ajustes, lo que se busca es que cuando hayan digamos, en algunos cuando se realice el principio de oportunidad algunas de estas pruebas puedan quedar practicadas de manera anticipada, porque estas pruebas suelen servir dentro de juicios que cuya prueba es útil meses o tiempo, años incluso después y necesitamos que la prueba anticipada que no es la regla en el proceso penal pueda ser practicada aquí ¿esto con qué finalidad? para fortalecer el esclarecimiento en al interior de las investigaciones y los juicios.

Y finalmente en materia de control de garantías, hay una función que quedaría a cargo del Tribunal Sala Penal de Bogotá que consiste en revisar las apelaciones digamos que se presenten en las instancias en las que el tribunal digamos toma alguna decisión, que la apelación pueda quedar en el mismo tribunal, no escalar ,como algunos creerían a la Corte Suprema, pues porque se encontró que ellos no tienen facultades de control de garantía, sino que pueda pasar a una sala siguiente en el turno siguiente en el Tribunal Sala Penal Bogotá, que es como lo que por diseño institucional parecería más práctico a efectos de poder practicar este recurso.

Esos son los comentarios generales, lo que se encontró en términos generales es que la iniciativa sí promueve, uno los derechos de las víctimas, en tanto lo que busca la iniciativa es acelerar el proceso, que no todo vaya a juicio, que prioritariamente en la etapa de investigación allí se puedan celebrar mecanismos de justicia premial para dar por terminadas los casos que eviten una congestión adicional a la justicia, que parece innecesaria y que este tipo de diseños institucionales o de ajustes al entramado del sistema penal pueden favorecer en la racionalidad del sistema y en la búsqueda de reparación a las víctimas pronta.

Esos son los 2 conceptos, Senador.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Mauricio Pava – Instituto Colombiano de Derecho Procesal:

Senador Ariel Ávila muchas gracias por el uso de la palabra, a la Mesa Directiva gracias por la invitación y por supuesto al señor Presidente de la Corte Suprema, a la señora Fiscal General y allí a todos los que se encuentran en esta audiencia importante.

Básicamente desde el Instituto Colombiano de Derecho Procesal acompañamos el proyecto y lo acompañamos por 2 o 3 razones muy concretas. Lo primero es que los sistemas de preacuerdo, los principios de oportunidad propugnan por 2 principios también fundamentales, la humanización del derecho penal, la proporcionalidad en el ejercicio del poder punitivo, pero igualmente son una herramienta propicia para la eficacia de la administración de justicia y de aquellos que están o tienen la responsabilidad constitucional de adelantar el ejercicio de las acciones penales.

La indemnización integral como la reforma lo plantea, que es una figura que para nosotros no fue extraña en nuestro ordenamiento jurídico, que tal vez encuentra sus orígenes en el Decreto número 2700 de 1991, de igual manera la Ley 600 del 2000, hoy vigente, la indemnización integral aquel acto como que la persona señalada de ser responsable de una conducta punible podría de manera unilateral, con unas condiciones procesales apropiadas por supuesto, dar por terminado un procedimiento porque ha restaurado el delito, ha restaurado la víctima del delito, ha puesto en ejercicio el principio de restablecimiento del derecho constitucional, no solo es extraño en nuestro ordenamiento jurídico, creería yo que lo extraño es que nosotros lo hubiéramos sacado de nuestro ordenamiento jurídico, luego es plausible por supuesto que haya sido incorporado, que se haya clarificado su incorporación.

Hay otros aspectos que eran necesario ser tratados en la reforma que ha sido presentada, que es una reforma que si bien es concreta, corta, digamos muy específica frente a unos temas determinados, yo recogería las palabras de Rodrigo Uprimny, quien hoy preside la comisión de expertos de política criminal, a la cual pues también me honra pertenecer

y ha sido también nuestra posición en las discusiones internas en el grupo, que una reforma de la justicia no se hace o no se plantea, no necesariamente tiene que plantearse como un todo, puede haber una reforma a la justicia quirúrgica.

Y una reforma a la justicia quirúrgica puede iniciar por ir resolviendo asuntos y resolviendo necesidades muy muy puntuales en los diferentes escenarios del ejercicio del poder judicial, que como dice Binder es aquel que va a gestionar la conflictividad social de una comunidad que entre más pugnacidad tenga está más necesidad o más va a ser importante la conflictividad que el poder judicial debe gestionar.

En consecuencia entonces con esta filosofía, el país que sabemos necesita una reforma a la justicia, pues puede aplicar una metodología que ya la ha aplicado en el pasado y son reformas quirúrgicas, puntuales, para resolver temas puntuales, porque la sumatoria de todas las reformas puntuales, concretas, pues al final tendrán como resultado muy seguramente una reforma a la justicia como la que necesita el país o por lo menos un avance y un transitar hacia lo que algún día queremos que sea la reforma a la justicia.

Terminaría mis palabras señores y distinguidos Congresistas de la Comisión Primera y a quienes lideran las entidades que han presentado esta discusión al país, que creo que existe un consenso tanto en los órganos del poder judicial, en los órganos de persecución, en los tanques de pensamiento, en las comunidades jurídicas, que bastante daño le ha hecho a nuestro modelo de justicia y de allí unos indicadores tan deficitarios como los que estamos teniendo hoy en día, en abogar por un proceso penal populista.

Un proceso penal en donde en las normas castiguemos con rudeza las conductas más graves de la sociedad o conductas que en la sociedad considere son delito, pero que la manera incluso como están construidas y ese es el gran error que se ha cometido, tenemos que decirlo, en los últimos años en las legislaturas, esos errores de disminuir beneficios, posibilidades de terminaciones anticipadas, terminaciones de una justicia consensuada, pues ha llevado a que el proceso penal esté condenado siempre a resolverse de juicio con lo que incluso se transgrede la filosofía de quienes construyeron por primera vez la propuesta de sistema que nos rige, por allá en el año 2002 cuando con el Acto Legislativo 03 se reformó la Constitución.

Entonces esta reforma amigos, lo que está haciendo es poner las cosas de nuevo en su lugar, porque fueron puestas en un lugar que no eran necesarias. Y la propuesta de parte de los tanques de pensamiento, del tanque de pensamiento que puedo representar, una propuesta que ha sido expuesta en diferentes foros, es la posibilidad de ser evaluado que en el transcurrir del proceso penal tanto exista una fórmula y fórmulas para que las fiscalías puedan lograr sentencias condenatorias de manera anticipada sin llegar a juicio, que es lo que estamos viendo, cómo que los ciudadanos y las defensas también puedan lograr una decisión exonerativa antes de llegar a juicio.

Pero que no exista un desequilibrio en la política criminal traducida en un procedimiento en donde la Fiscalía tenga todo el proceso penal para buscar una sentencia condenatoria y la defensa solo tenga el juicio para para buscar una exoneración, de allí que la propuesta es que frente el Artículo 332 que va ser modificado en una función de la Fiscalía para que pueda pedir preclusión de investigación en cualquier momento, esa una oportunidad para que exista otra causal para que la defensa también pueda pedir preclusión de investigación, como está hoy la defensa puede pedir preclusión de investigación cuando no hay condiciones de procesabilidad de una acción penal como oblación, prescripción, caducidad, que son situaciones objetivas, lo puede hacer cuando el hecho no ha existido, también lo puede hacer la defensa, pero este es tal vez el momento para incorporar lo que en su momento incorporó la Ley 1826, que ha sido también materia ya de decisión de la Corte Constitucional, quien además anticipó que podía ser aplicable de manera favorable transversalmente a los procedimientos.

Y es que la defensa en el proceso ordinario también pueda pedir preclusión por atipicidad de la conducta, con esto y esta fue una discusión que se gestó por allá en el año 2013, cuando se presentaron los primeros intentos de reforma al Código de Procedimiento Penal, algunas de las personas que están hoy en las mesas y en las entidades aquí presentes, estuvieron presentes también en esas conversaciones y fue la discusión de darle un control intermedio a la acusación de la Fiscalía en beneficio de muchas otras cosas, pero en beneficio de la eficacia del procedimiento.

Porque si bien incorporar el control material de la acusación no era apropiado, de acuerdo a lo que podríamos pensar en la estructura de un proceso penal, hoy solo estamos en un control formal con efectos sustanciales, de manera generalizada tal y como las los Honorables Magistrados que están aquí presentes lo han venido liderando en las jurisprudencias, pues es la oportunidad que a instancias de parte, instancias de la defensa, se pueda dar una discusión de puro derecho en relación con la convocatoria a juicio, con la convocatoria en una acusación.

Es un sistema que no desnaturalizaría el sistema procesal penal, de hecho, el sistema americano estadunidense lo tiene incorporado y otros sistemas tienen incorporados los controles intermedios de la acusación y esto una causal que fuere incorporado la tipicidad que digamos nuestro modelo y nuestra comunidad jurídica y de jueces y de magistrados está lo suficientemente maduro para saber cuándo decide de fondo una decisión de estas en el transcurrido de un proceso, cuando no, cuando eso se posterga para una decisión final, contribuiría tal vez a disminuir la tendencia que hoy ha sido medida por diferentes ONGs, en el sentido que por número de acusaciones

directas hacia el 2011 estábamos entre 100 acusaciones directas 72 más o menos terminaban en condena, hoy se ha invertido un poco la fórmula y es por 100 acusaciones directas estamos más o menos en 60 - 70% de absoluciones por parte de los jueces.

Tal vez porque hay discusiones en derecho que se podrían dar de manera anticipada, salir digamos del proceso penal de manera anticipada, que eso sea decidido por un juez, que sea decidido una audiencia y que se produzca la decisión judicial, que es lo que espera la ciudadanía básicamente, que haya audiencias y que haya decisiones y esto podría incluso depurar el proceso penal de los juicios que tuvieran que ser celebrados.

A la señora Secretaria y a la Mesa Directiva muchas gracias por la invitación, los fundamentos de mi intervención yo se los haría llegar por correo electrónico.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Yesid Reyes Alvarado – Exministro de Justicia y del Derecho, Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad del Externado:

Muchas gracias al Senador Ariel, también a la Fiscal General de la Nación, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el señor Viceministro de Justicia, a los Senadores que nos acompañan de manera remota en esta audiencia y a todos los presentes por la invitación.

Yo comenzaría por destacar 3 características que tiene este proyecto de ley, una es que es un proyecto de ley que se elaboró basado en el análisis de problemas que se vienen presentando en el ejercicio de la acción penal, lo que se propone resolver son problemas prácticos y no meramente teóricos, que es una de las críticas que a veces se le hacen a las reformas a la justicia, que los abogados o los penalistas se elevan en discusiones teóricas interesantísimas para ellos, pero no aterrizan en problemas prácticos.

Aquí el ejercicio que hicieron quienes redactaron el proyecto fue mirar problemas prácticos, algunos ya los han mencionado aquí y buscar soluciones para esos problemas prácticos, lo cual no quiere decir que detrás de esto no haya una concepción teórica, lo que pasa es que es una concepción teórica que le interesa más a la academia que al legislativo y a la opinión pública.

Una segunda característica de este proyecto consecuencia de la primera, es que es un proyecto muy preciso, es un proyecto que tiene 11 propuestas, que incluso uno podría reducir a 9 sin problema, entonces eso va a facilitar muchísimo la discusión del proyecto ¿por qué? porque vamos a estar centrados en 9 temas puntuales que están plenamente identificados y las formas de solución también son claras, de tal manera que el Senado se va a poder concentrar, el Senado inicialmente y después el Congreso, se va poder concentrar en los problemas que se seleccionaron como núcleo de este proyecto.

Y una tercera característica que tampoco es fácil encontrar en estos proyectos, es que es concertado, está de acuerdo la Corte Suprema de Justicia, está de acuerdo el Ministerio de Justicia y está de acuerdo la Fiscalía General de la Nación. Yo creo que esas 3 características hacen de este un proyecto de ley bastante fuerte, como materia de discusión en el Congreso.

Tiene varios temas, pero yo quisiera para optimizar el tiempo, comenzar quizás por los por los que han generado más polémica en los últimos días, sobre otros artículos tengo algunas observaciones puntuales que son menores y si me queda tiempo las digo, sino luego hago llegar un documento al Congreso sobre eso.

El gran problema detrás, el gran problema detrás de la propuesta de conceder rebajas a una clase de delitos, autores de una clase de delitos, es un problema viejísimo, es el antiguo problema de los penalistas sobre ¿qué es mejor como herramienta de combate del crimen? ¿penas muy altas o certeza sobre la aplicación de las penas? el tema es tan viejo que ya Beccaria se metió en la discusión y dio su opinión, Beccaria dijo es preferible la certeza en la aplicación de las penas que la gravedad ¿por qué? Porque lo que la sociedad espera es eso, lo que nosotros vemos en los medios de comunicación todos los días es anoche o ayer pasó tal delito y el señor sigue libre, sigue sin condenar.

Cuando a los 15 años sale la noticia de que condenaron a Pedro Pérez, la gente no se cuerda quién es Pedro Pérez, ni qué hizo, ha habido casos en la historia judicial de Colombia en los que, a los 15 años, hablo de un caso muy antiguo, cuando condenaron al señor ya a la sociedad le daba pesar, había estado 15 años preso en medio de una gran polémica judicial y la reacción de la sociedad fue completamente distinta.

Entonces me parece que es claro que como herramienta de combate del crimen es fundamental la celeridad en la aplicación de las sentencias, que la sociedad pueda identificar el delito que se cometió con una decisión judicial que impone una pena.

Ahora bien, eso no quiere decir que la magnitud de las penas no tenga ninguna importancia, las penas deben ser más altas en unos delitos que se consideran especialmente graves y más bajas en otros delitos que se consideran menos graves. entonces ¿qué es lo que hay que buscar en esta polémica? un balance, pero ese balance comienza por reconocer que aquí estamos hablando de 2 problemas distintos, que no deberíamos confundir.

Uno es el problema de la magnitud de las penas y ese es un problema digamos de Código Penal ¿qué tanta pena tenemos que asignarle a delitos como los cometidos contra niños, niñas y adolescentes? esa es una discusión.

Y una segunda discusión, pero es distinta de la primera es ¿cómo hacemos más eficientes y más rápidos los procesos penales? y lo que estoy viendo en los últimos días en las discusiones que hay en

medios de comunicación es que se están mezclando los 2 temas y son 2 temas repito perfectamente diferenciables.

Cuando en Colombia introdujimos el Código de Procedimiento Penal de naturaleza adversarial, evidentemente se planteó la necesidad de una rebaja de penas ¿por qué? Porque como lo han dicho ya otras personas, es de la esencia del sistema adversarial una negociación de penas que consiga sentencias más rápidas, pero y esto es importante, junto con las rebajas de pena que podían llegar hasta la mitad de la pena máxima, se hizo una modificación al Código Penal sustancial, que aumentó todas las penas hasta en la mitad, pero fíjense que son 2 reformas distintas, una el Código de Procedimiento Penal para dar velocidad y celeridad y otra el Código Penal para aumentar las penas.

¿Cuál es el efecto de las 2 reformas? el efecto es 0 ¿por qué? Porque a las personas si bien es verdad les pueden rebajar la pena hasta en la mitad, subieron todas las penas del Código Penal hasta en la mitad, entonces la persona que colaboraba con la justicia terminaba recibiendo con ese beneficio la misma pena que tenía consagrada el Código Penal antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal, entonces el efecto fue 0, nada cambió en materia de penas.

Digamos que las cosas siguieron así durante un tiempo, el Congreso de vez en cuando eleva las penas para esos delitos, hasta que se llegó a lo que yo creo que fue el gran error, que fue la redacción del Código de la Infancia y Adolescencia, ahí fue donde decidieron mezclar las 2 cosas y entonces en lugar de subir las penas, si era lo que se quería, eliminaron los beneficios para los autores de estos delitos.

¿Eso en la práctica qué es? eso en la práctica es una forma indirecta de aumentar las penas, porque si les rebajan los beneficios las penas quedan más altas, pero mezclan entonces los 2 problemas que les mencionaba hace un momento, la cantidad de pena con la celeridad del procedimiento judicial y eso es lo que llevó a la confusión en la opinión pública, que hoy está convencida de que el problema de los beneficios es un problema que tiene que ver con el quantum de la pena, con la cantidad de la pena y no es verdad.

Por eso me parece que tiene razón el proyecto cuando quiere revivir la posibilidad de darle rebaja de pena a todos los delitos, incluidos estos, parte de la opinión pública dice las penas se van a reducir, ese es otro problema, si quieren incluir en este proyecto de ley o en otro una norma que aumente las penas para esos delitos, me parece perfectamente viable y se discute, un aumento de pena que sería para ser consecuentes con este proyecto de una cuarta parte para esos delitos, con eso conseguiría el Congreso otra vez el efecto 0 que se consiguió en el 2004, una rebaja de pena hasta de una cuarta parte, con un aumento de pena en el Código Penal hasta de una cuarta parte.

Y de esa manera tendríamos los 2 efectos, el de aumento de penas que la gente pide en la calle y el de la rebaja de penas por colaboración eficaz, que es un elemento importante para la celeridad de los procesos judiciales, para que esa celeridad mande el mensaje correcto a la ciudadanía, en el sentido de que alcance a percibir por el tiempo que dura la reacción de la administración de justicia frente a la comisión del delito.

Voy rápidamente a principio de oportunidad, simplemente para decir que revisé las causales de principio de oportunidad y no veo que la gran mayoría de ellas, no veo que salvo una causal de principio de oportunidad, se puede aplicar a los autores de delitos contra niños, niñas y adolescentes, de tal manera que ahí veo también una falsa preocupación, salvo respecto de una de las causales de principio de oportunidad, que sería la nueva cuarta, que es la colaboración eficaz con la justicia, en esos casos pues si uno pensara en que el autor de una conducta contra niños, niñas y adolescentes va a colaborar con la administración de justicia, de tal manera que se pueda desarticular una gran organización criminal dedicada a eso, pues no veo por qué no se puede aplicar el principio de oportunidad, sobre todo porque estamos pensando en las víctimas y en la sociedad, entonces si ese tiene ese propósito superior, que creo que debería ser viable la aplicación del principio de oportunidad.

Yo solo tendría una observación frente a ese numeral 4 y es que hace referencia en el proyecto de código a la colaboración eficaz con la justicia y me parece un poco etéreo, era mucho más precisa o es mucho más precisa la redacción actual, porque circunscribe esa colaboración eficaz con la justicia a que la persona impida que un delito se siga cometiendo, a que la persona impida que se cometan nuevos delitos y a la posibilidad de desmantelar organizaciones criminales, si dejamos esa parte de la redacción precisando en que consiste la colaboración eficaz, creo que el mensaje es mucho más claro respecto de la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en estos casos.

Como se me acabaron los 10 minutos, Senador dejo ahí con mis observaciones sobre estos 2 temas centrales…

…Justo para no sacar el foco de estos 2 temas centrales, preferiría Senador hacerle llegar luego a usted algunas observaciones puntuales sobre otros artículos y terminar mi intervención aquí, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la Ciudadana Catalina Escobar – Fundación Juanfe:

Hola buenos días, primero muchísimas gracias por este invitación, es un honor estar aquí y tener estos micrófonos, yo voy a ser muy breve y rápidamente me introduzco, soy una colombiana administradora de empresas con economía MBA, mis niveles técnicos no soy jurista, ni soy constitucionalista, no soy abogada, tengo 23 años

en un trabajo increíble, un trabajo enorme, desde Cartagena, Medellín, también estamos en Chile, Panamá, arrancando Urabá, mi trabajo es frenar la pobreza, generar producto interno bruto mediante un modelo de economía de desarrollo, que ustedes conocen la Fundación Juanfe.

23 años de trabajo me han permitido ver, visualizar, entender, pero sobre todo entrar al alma y la miseria humana de las niñas, niños y adolescentes, que son el reflejo de lo que es nuestro país.

Muy preocupante la propuesta que quiere hacer la señora Ministra de Justicia en cuanto a la reducción de penas a quienes cometen delitos atroces en contra de los niños, a mí me ha tocado vivir todos estos años recuperando mujeres, recuperando niños en torno a los abusos y de las cosas más escalofriantes, porque yo lo he visto todo, he visto hasta la muerte, si quieren que les diga.

Una preocupación que tengo es que los asesinos, los violadores de niños están bajo una condición psiquiátrica que se llama psicopatía, para que de pronto no entienden el término, la psicopatía significa que por más que se trate vuelve y reincide, un psicópata es una persona enferma, es una persona que si lo soltamos a la sociedad vuelven y repiten los delitos, eso no lo podemos permitir.

Se han visto casos, muchos casos, inclusive el asesino de esta chiquitica llamada Sofía, ese fue un reincidente, él tenía una condena, lo sueltan por vencimiento de términos y él repite una y otra vez, no sabemos ni que paso después del 2018.

Durante 7 años estuvimos con la hija de Gilma Jiménez, Yohana, persiguiendo la ley de cadena perpetua de violadores de niños, para mí fue muy complejo, de hecho tuve una, como digo yo una tusa, en este caso no se trata, ojalá, pero no se trata de revivir la ley de cadena perpetua a violadores y asesinos de niños, fueron 7 años de arduo trabajo, fue una batalla que perdimos, pero también hemos ganado otras batallas, es una batalla que debemos ganar, los niños no tienen la culpa de los temas políticos, los niños no tienen la culpa de que las esferas políticas hagan cosas como esta reforma a la justicia, los niños no votan ¿saben? y por no votan pues no van a tener voz.

Yo me considero no solo una persona que trabaja en la transformación social, sino una líder y una voz para las mujeres, los niños y los adolescentes de Colombia, permitir esta ley es un fracaso, nosotros le debemos mucho a los niños ¿saben? no solo por Sofía, también por Salomé, también por Yuliana Samboní, todo ese desmadre de Yuliana Samboní lo causamos desde la Juanfe, hasta que el país no se conmovió la gente no salió a la calle en nombre de Yuliana Samboní y yo estoy dispuesta, con todo el respeto de todos, hasta las últimas consecuencias, en el sentido en que no podemos perpetuar los problemas que le causan a los niños por cuenta de una sociedad... frente a los temas políticos.

Desde la sociedad civil a veces observo que el estado de derecho está lejos de las necesidades de los niños, el estado de derecho no los está representando a los niños, ni a las mujeres, que si tenemos un problema de impunidad, sí tenemos un problema de impunidad, pero eso no es problema de la creación de la ley, es un tema que hay que trabajar, hay que fortalecer los organismos de justicia, hay que fortalecer la Fiscalía, hay que frenar a los fiscales, hay que darle la más absoluta celeridad cuando son aberraciones en contra de los niños.

También tenemos que trabajar en el tema de la educación, sin duda, he sostenido varias conversaciones con Senadores y quienes están aquí en la Comisión Primera, pero primero es la ley, claro, hay que trabajar la prevención del delito, sin ninguna duda y claramente la impunidad, pero la ley es lo primero y no permitamos por el amor de Dios fallarle más a los niños, solo porque hay unos temas políticos y con todo respeto pues en el marco de la paz total y con todo respeto pues porque queramos alivianar las cargas de los centros penitenciarios del país, los niños no tienen la culpa de eso, los niños solo quieren vivir en un país digno para ellos.

La OCDE, Colombia hoy es el segundo país en la OCDE en las más altas tasas de violencia en contra de la mujer, el primero en mortalidad infantil, el primero en pobreza infantil, el segundo en mayor disparidad social y el segundo las más altas tasas de embarazo adolescente, no importa que tan rápido vayamos en el desarrollo, pero si seguimos dejando a la población atrás sin su dignidad, pues no vamos a tener un país sostenible.

Quiero darles las gracias a ustedes, un cordial saludo y muchísimas gracias por la invitación y por estos micrófonos.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Gloria Marcela Abadía Cubillos – Delegada Ante la Corte Suprema de Justicia:

Muchas gracias señor Senador, primero que todo muy buenos días señoras Congresistas y Congresistas y Honorables Magistrados, señora Fiscal, muchas gracias por la intervención.

El proyecto de ley que hoy nos reúne establece como objetivo restaurar los fines del sistema acusatorio, estimular que se profieran sentencias tempranas y a su vez garantizar los derechos de las víctimas a la reparación integral y a la justicia.

Para lograr estos fines el proyecto realiza las modificaciones normativas procesales específicas y precisas dirigidas a ajustar el diseño institucional a los mandatos que ya desde el Acto Legislativo 03 del 2003 nos habíamos procurado como país, con miras a tener un proceso penal de tendencia acusatoria y que por su misma esencia potencializare la justicia premial.

Dentro de las modificaciones normativas de este proyecto, se proponen las correcciones necesarias que permiten balancear por un lado la justicia negociada sin negar los derechos constitucionales de las víctimas al acceso a la justicia.

Quiero aprovechar el tiempo de la intervención para focalizarme en un punto que considero esencial y es reflexionar precisamente en una de las propuestas que considero cardinales para lograr estos objetivos propuestos y es la que hace referencia al artículo 7° del proyecto de ley que modifica el numeral 7 del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia.

El Código de la Infancia y Adolescencia en su numeral 7 del Artículo 199 no permite rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones cuando se trate de delitos de homicidio, lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestros cometidos con niños, niñas y adolescentes, el proyecto propone que para estos delitos en caso de celebración de preacuerdos o negociaciones o allanamiento a cargos se puede rebajar no hasta el 50% de la pena prevista, como ocurre con otros delitos, sino hasta la mitad de la mitad de ese porcentaje, es decir, casi un 15% y de acuerdo con el momento procesal en que se vaya presentando irá disminuyendo esa rebaja punitiva y esto considero que debe quedar muy claro, es de manera similar a como ocurre hoy en día cuando se trata de los preacuerdos con el delito del feminicidio.

Esta propuesta claramente ha generado varias reacciones en la opinión pública y todas muy comprensibles, pero basadas en mi criterio en una falsa dicotomía entre la justicia premial por un lado y la garantía del acceso a la justicia de las víctimas de estos delitos.

A continuación, presentaré 3 argumentos que creo que sirven para seguir alimentando esta discusión y demostrar que la propuesta no solo cumple con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional frente a los mandatos de investigación, sanción y juzgamiento para casos de violencias contra niños, niñas y adolescentes, sino que también resulta necesaria para materializar a largo término una política criminal con enfoque de género.

El primer argumento se sustenta en la exigencia tanto desde el derecho internacional de los derechos humanos, como de los estándares político criminales fijados por la misma Corte Constitucional en torno a la necesidad de proferir de manera certera y oportuna castigos penales ejemplarizantes para violadores o asesinos de menores, para conseguir este fin, esto es para lograr castigos ejemplarizantes, oportunos y ciertos, resultan legítimos y necesarios métodos especiales de investigación esenciales a la justicia premial que logren sentencias prontas, pero también respuestas integrales a las víctimas.

Los preacuerdos y negociaciones con rebajas mínimas no trasgreden las obligaciones retributivas de sanción para los responsables y por el contrario, permiten a la institucionalidad mayores procesos investigativos que atiendan a las necesidades de verdad y reparación que exigen las víctimas.

La implementación de la justicia premial para estos específicos casos, no se centra como equivocadamente tiende a pensarse en un puro eficientísimo protector del victimario o en la falsa oposición entre justicia premial y garantías de acceso a la justicia para las víctimas, la justicia premial continúa sosteniendo ideas retribucionista justas de la pena, así como las funciones de prevención general y especial y en medida alguna el proyecto propone ilegítimas rebajas para violadores y asesinos por fuera de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales.

Los castigos severos se siguen manteniendo, pues en todo caso el Código Penal ya de por sí mantiene unas penas muy altas, de manera alguna se está proponiendo levantar las prohibiciones que existen para conceder sustitutos penales como la libertad condicional, la prisión domiciliaria, el principio de oportunidad o la ejecución condicional de la condena, cuando se trate de delitos donde sean víctimas menores de edad.

Las técnicas de negociación como mecanismos legítimos de investigación y debida diligencia, lo que incrementan es el éxito investigativo, que en la mayoría de los casos resulta esencial para dar con los responsables de este tipo de delitos, que como sabemos son de puerta cerrada.

El segundo argumento para sustentar que no existe contradicción al aplicar mecanismos de justicia premial y al mismo tiempo garantizar los derechos de las víctimas de los delitos, tiene que ver con todos esos sentimientos de emotividad y venganza, sobre los que ya desde vieja data nos enseñara desde los años 1857 el sociólogo francés Émile Durkheim cuando reflexionaba sobre la relación entre emoción social y el castigo como institución expresiva.

Estas emociones, si se quiere de repugnancia, que podamos sentir frente a los victimarios y más cuando se trata de menores, son por supuesto claramente comprensibles, lo que sí no pueden suponer son saltos legislativos y reflexivos hacia una expansión punitiva que no racionaliza acerca de las mejores formas de controlar y prevenir el delito, no nos cansaremos de señalar ni desde la filosofía del derecho penal, ni desde la criminología, ni desde la sociología del castigo, ni desde la dogmática penal, que no existe correlación alguna entre aumentos punitivos y control del crimen.

Mucho menos respuesta pueden serlo las recurrentes ideas de implementar la cadena perpetua, fuera de esa sensación de que estamos haciendo algo como sociedad, pero a la final con pocos resultados efectivos, pese a su atractivo mediático o a su poder expresivo, no permiten acabar con las estructuras patriarcales, que son las que funestamente alimentan fenómenos criminales como la violencia sexual contra mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Y es esta última idea la que me permite presentar mi tercer y último argumento, para explicar la justificación de la modificación propuesta en el

artículo 7° del proyecto de ley, este argumento consiste en explicar que son las estructuras de dominación, que los feminismos denominan como patriarcado, lo que nos permite comprender la causa de la comisión de los crímenes de naturaleza sexual, más allá de las explicaciones sobre la enfermedad mental del depredador, una explicación estructural como la que desde mucho tiempo atrás nos vienen ofreciendo las investigaciones de las teóricas del feminismo, nos permite dar luces mucho más claras acerca de cómo en la sociedad surgen expresiones de violencia de género que difícilmente se pueden acabar o controlar únicamente mediante el derecho penal.

Atribuirle al castigo la carga de eliminar el fenómeno, no pasa de ser una pretensión aspiracional, pero que muy poca satisfacción nos deja cuando evidenciamos que entre más nos desgastamos en pensar en mayor punitividad, menores son los éxitos sobre el control de los crímenes sexuales, por el contrario, esta concentración unívoca en atacar las causas y el control del fenómeno a partir de mayor castigo, nos desconcentra como foco aspiracional dirigido a que toda la institucionalidad de manera articulada y con todos los recursos necesarios, podamos realizar de la mejor forma investigaciones robustas y sanciones efectivas y ejemplarizantes.

Pero además tal afán punitivista también nos desconcentra de poder despegar políticas criminales sobre el control del crimen a partir de, por ejemplo, la aplicación efectiva de técnicas situacionales de prevención de crímenes sexuales, control de potenciales ofensores en espacios públicos y privados o mecanismos comunitarios y localizados de alertas tempranas, estas estrategias suponen importantes recursos y procesos de articulación estatal que terminan en simples esfuerzos... u oscurecidos, cuando todos nuestros esfuerzos se centran en atacar la enfermedad a partir de remedios ilusorios.

Estos 3 argumentos señor Senador, brevemente expuestos, señoras Congresistas y Congresistas y demás intervinientes, resaltan la justificación y la necesidad de la propuesta legislativa, claramente apuntalar una política criminal con enfoque de género proporcional, coherente, previsiva, basada en argumentos empíricos y por sobre todo ajustada a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional frente a los mandatos de investigación, sanción y juzgamiento para casos de violencias contra niños, niñas y adolescentes, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Hermes Darío Lara acuña - presidente Corporación de Jueces y Magistrados de Colombia Corjusticia:

Muy buenos días señor Presidente de Comisión Primera del Senado, señor Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, señora Fiscal General de la Nación, señores Magistrados de la Sala Penal, señor Presidente de la Sala Penal, señores Senadores y Senadoras, quienes nos acompañan de manera virtual, muy buenos días.

Me parece que entramos ya a la nuez del asunto y la ciudadanía está pendiente de la respuesta legislativa a un problema candente en nuestro quehacer del derecho penal y es ¿qué nos pasa con los delitos que atentan contra niños, niñas y adolescentes? pero a la vez hay unos temas que son muy importantes para la ciudadanía y es que rebaja de penas, como se le denomina o negociación con estas personas, a la ciudadanía no le sienta bien, porque sienten que no está el estado haciendo lo que le corresponde, esto es ejercer la función que debe cumplir por parte de la Fiscalía General de la Nación e igualmente de los jueces de la república, para que existan condenas.

Sin embargo, ya aquí el doctor Reyes nos ha hecho un llamado de atención muy importante en relación a 2 factores que son importantes, la alta cuantificación de la pena en muchos delitos y la efectividad del derecho penal.

Creo que el sistema judicial de la Ley 906 de 2004 no solamente por la inflación de penas, sino por la negación de esos mecanismos de negociación, le ha impedido a la justicia penal funcionar como debe hacerlo, mi intervención gira en torno a que dentro del proyecto de ley deba sostenerse esa necesidad de aligerar la situación punitiva, efectiva, esto es la cantidad de sanción que va poder tener una persona que está privada de la libertad por esta clase de delitos, pero que el proceso judicial sea efectivo, que esa creo que es la falla que tiene nuestro sistema judicial.

Y me parece que es importante que en la parte reglamentaria del proyecto de ley exista un artículo en el que se le asigne a la Fiscalía General de la Nación e igualmente al Consejo Superior de la Judicatura la realización de diferentes mecanismos o la presentación, reglamentación de mecanismos que permitan que efectivamente el sistema judicial funcione.

¿Por qué? Porque es que las personas que se privan de la libertad en estos delitos sexuales y en otros, terminan con vencimiento de términos libres y los procesos prácticamente durante muchos años y eso no es pronta y cumplida justicia como lo ordena la Constitución Política de Colombia.

Lo que me parece importante es que al interior del sistema judicial como este proyecto de ley no tiene impacto fiscal, pero sí debe tener impacto de alguna manera reglamentario, que esa es una capacidad que tiene el legislador colombiano, le señalen a la Fiscalía General de la Nación e igualmente al Consejo Superior de la Judicatura, la generación de los mecanismos necesarios de jueces especializados en esta clase de delitos muy seguramente o de una implementación de un mecanismo al interior de la rama judicial que permita que fluyan estos procesos.

Porque es que nuestros jueces penales del circuito y nuestros tribunales están hasta el tope con todas las modalidades delincuenciales y cuando a la ciudadanía en Colombia se le afirma que

van a haber rebajas así sea de un porcentaje muy pequeño en esta clase de delitos, que va a suceder lo mismo con los delitos, por ejemplo, que son de impacto nacional, como es la extorsión, que ya la vemos como un problema que se va a venir con este proyecto de ley, cuando sea ley de la república ya definitivamente no haber la problemática que tenemos en este momento, que la gran mayoría de personas que están extorsionando en el país desde las mismas cárceles o las grandes organizaciones que están dedicadas a esto, pues van a poder hacer el ejercicio correspondiente de negociar o aceptar penas.

Entonces yo sí creo que lo importante es que con lo que tenemos, con el sistema judicial actual podamos trabajar para que haya una pronta y cumplida justicia, que es creo que el clamor de mucha gente cuando se habla de esta clase de delitos, o sea, que no solamente se capture y se mantenga privada de la libertad a una persona, sino que su juicio, el juicio penal de responsabilidad sea lo más pronto, para que haya realmente una justicia eficaz.

En lo demás me parece que es importante en determinado momento que se pudiera revisar el tema de la segunda instancia, de los asuntos de control de garantías que tiene el Tribunal de Bogotá, para que ojalá pueda ser un magistrado, no la sala, no una sala, sino el magistrado que siga en turno el que pueda tener la segunda instancia, ya que es una decisión de ponente, de único ponente de control de garantías igualmente la segunda instancia pueda hacerlo.

Esta es mi intervención desde la Corporación de Jueces y Magistrados, muy buenos días, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Gloria Guzmán Duque - Sindicato de Procuradores Judiciales:

Gracias Senador Ávila, un muy atento saludo a todas las personas interesadas en este tema, fundamental para el funcionamiento de las instituciones, recordaba que uno de los nobeles de economía pone su insistencia en que las instituciones deben funcionar bien y nosotros desde el Sindicato de Procuradores Judiciales ingresamos a la Procuraduría General por un concurso de mérito, cumpliendo pues el principio fundamental de la Constitución Política de que el ingreso a las instituciones públicas sean por mérito.

Nosotros venimos de ser jueces, juezas, magistrados, fiscales, litigantes, nosotros hemos maceado todos los estamentos de la justicia penal y nosotros nos hemos dado cuenta que la justicia penal le ha fracasado al país y no por falta de interés, ganas, conocimiento, sino porque en realidad lo que sucede, el derecho penal llega es al final cuando ya la persona está muerta, cuando ya el niño o la niña fue violada, cuando la persona se le amputo un miembro, es decir, el derecho penal llega cuando el resultado está producido y ese resultado es inamovible, por más de que queramos nosotros desde el derecho penal revivir al muerto o volverle a recomponer la salud a la persona, pues no vamos a poder porque ese es un resultado.

Nosotros en el derecho penal y el resultado pues está libre de interpretaciones, eso fue lo que pasó ¿qué es lo que podemos hacer en la causa de ese resultado? y la causa entonces cuando nos preguntamos qué fue lo que pasó, quién es el responsable ¿para qué lo hacemos? me pregunto ¿para qué lo hacemos? ¿para vengarnos de esa persona? para que se pudre en la cárcel como dicen algunas personas, no, lo hacemos es para restablecer el tejido social, para que volvamos nosotros a tener una paz social.

Y es por eso que es allí en las causas donde el derecho penal pues cumple un papel, pero no cumple el mejor papel, porque lo que estamos pensando es en castigar a la persona, castigarla drásticamente y de un castigo que es absolutamente, que no cumple con la resocialización, por las cárceles, por lo que nosotros ya sabemos el sistema penitenciario que hay.

Entonces desde el sindicato de procuradores y procuradores judiciales, nosotros apoyamos esta reforma, a nosotras y a todos nos parece que se debe ampliar la justicia restaurativa, que el derecho penal no tiene una única función, que es la función de venganza, no, que hay muchas otras posibilidades de respuestas más económicas, más factibles, más civilizadas y que mejoran el tejido social tanto de la víctima, como del victimario y de toda la sociedad.

Nosotros pensamos que el hecho de premiar a una persona que se equivocó, gravemente quizás, sí que se equivocó gravemente, la premiamos porque contribuye a solucionar un conflicto a esclarecer un delito, eso no solamente es eficiencia en el derecho penal, en las instituciones, en la Fiscalía, en la Rama Judicial, inclusive en la Defensoría, sino que allí se reduce la impunidad, esto es muy importante, si nosotros podemos a través de estos mecanismos reducir o disminuir la impunidad que está altísima, más del 90% ha estado por décadas, en más del 90%, reducir la congestión que también pensamos que la solución era la Ley 904, tampoco fue la 904, la solución porque están los jueces, los fiscales igual de congestionados, las cortes.

Y asegurar el acceso oportuno a las víctimas, porque nosotros creemos desde la venganza que si metemos al que se equivocó a la cárcel y si nos ensañas con él, entonces allí vamos a obtener una justicia, no vamos a obtener justicia porque la víctima sigue allí en esa negativa, en ese cierre que le da el estado, que golpea las puertas del estado para reclamar justicia y lo que consigue son vencimientos de términos, son aplazamientos, son revictimizaciones terribles donde un niño, una niña van 7 veces a una audiencia y entonces por una que otra razón, circunstancia, recurso, nulidad, enfermedad, en fin, 7 veces.

¿Nosotros creemos que eso es acceso oportuno a la justicia? O sea, que la única vía, el único camino para obtener justicia es hacer un juicio, un juicio

que muchas veces es más revictimizante que quizá el propio delito, nosotros creemos que no, que allí se refuerza el acceso a la justicia con esta justicia premial, estoy hablando de justicia premial en general, o sea, estoy hablando de principio oportunidad, preacuerdos, allanamientos, la reparación integral que trata aquí este este proyecto y hay una garantía de satisfacción en general tanto para el victimario que se resuelve su caso, no puede estar 7 años sub júdice, 10 años como hemos visto sub júdice y pendiente de su condena, resolvió, resuelve su caso, la sociedad también y nos dedicamos a otra cosa, nos dedicamos ya a rehacer la sociedad, miramos para adelante y empezamos en otro sentido a crear los lazos en los cuales haya paz social.

Entonces en general el proyecto lo apoyamos en general, quiero dedicarme unos minuticos a unos artículos que quisiéramos o que pensamos que pueden quedar mejor y es el artículo 3°, el de reparación integral justamente, puesto que nos parece que la reparación integral es un mecanismo importante, necesario.

Recuerdo un caso de un señor, una persona bajo los influjos del alcohol conduce su vehículo y mata a 6 personas y deja a un niño lesionado gravemente, el señor no había reparación integral, el señor acepta los cargos, se le dicta la sentencia anticipada, el señor arrepentido repara a todas las víctimas, pero al niño no se le podía reparar, el niño fue el que sufrió las consecuencias de una respuesta equivocada del estado, porque el niño no podía hacérsele nada, a él le tocó seguir el juicio, él creo que todavía está en el juicio sin reparación, sin la manera de ir a hacerse sus terapias, porque quedó pues casi.

Entonces fíjense que cuando el artículo 3° del proyecto modifica el 78ª, reparación integral ¿lo modifica para qué? ¿reparación integral para quiénes? delitos querellables, obvio, es obvio porque está diciendo que si son querellables es porque la competencia la asigna la misma persona interesada, le dice al estado: oiga estado venga ayúdeme a resolver este problema y si no, no hay competencia para el estado, entonces querellables, perfecto. Pero sigue diciendo en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación previstas en el 110 y en el 121 ¿y estas circunstancias cuáles son? las de bajo el influjo de alcohol o sustancias psicotrópicas o embriaguez en general, si no tiene licencia, si está conduciendo sin licencia o sin los reglamentos, si está transportando niños o ancianos, si abandona sin justa causa el lugar.

En nuestro concepto esta excepción debería ampliarse y permitirle a la misma sociedad que se empodere, a la misma víctima que se empodere y que pueda plantear esa reparación, que no es una reparación cualquiera, sino que es una reparación integral y así solucionar todos los casos de homicidio culposo y de lesiones personales.

Ahora bien, entonces cómo se va a dejar a un a una persona que conduce una actividad de peligro y que, bajo el influjo, quítenle la licencia de conducir por 10 años, es decir, hay otros mecanismos que se pueden probar y que están probados en otros países en relación con eso. Bueno, esto en relación con el artículo 3°.

En relación con el artículo de la prueba anticipada, es el artículo 4° del proyecto, Artículo 284 modifica de la Ley 906, nos parece que la prueba anticipada es una figura supremamente importante, porque hay una realidad que es que el tiempo modifica y altera la información de los testigos, es obvio, eso todos lo sabemos, un niño de 6 años no va a tener en el juicio que cuando tenga 8 años no va a tener la misma capacidad de rememoración de esos hechos o una persona que está enferma, etcétera.

Entonces la prueba anticipada es un mecanismo clave del sistema penal acusatorio, que me parece que ha sido poco utilizada porque hay pocos jueces de control de garantías, bueno en fin, por otras razones que no voy a profundizar en este momento, pero me parece que esa prueba anticipada sería interesante incluir que en el proceso abreviado esa prueba anticipada pueda practicarse desde la indagación, proceso abreviado, son casos por ejemplo como violencia intrafamiliar, allí hay otro artículo, pero en general me parece que debe incluirse el proceso abreviado al principio.

Y el numeral 3, aprovechar que el numeral 3 habla de violencia intrafamiliar de la posibilidad de tener prueba anticipada en violencia intrafamiliar, pero podría extenderse para violencia basada en género, para proteger a las mujeres, a otros grupos minoritarios que han sido sistemática, históricamente marginados y que requieren acciones afirmativas, que esta puede ser una de la prueba anticipada, entonces incluir no solamente la violencia intrafamiliar, sino la violencia basada en género y asimismo el parágrafo 3 que dice: no se repita la prueba anticipadamente, anticipadamente se hace la prueba, se espera al juicio, a la sesión de juicio y en el juicio entonces no se repite la prueba también para la violencia basada en género, si hay una prueba sumaria de que el testigo o la víctima sigue revictimizada, tiene riesgos de violencia, está manipulada, está con afectaciones emocionales graves, importantes o tiene una dependencia económica.

Senador hay otros comentarios que son más puntuales, pero en general y los más grandes son estos y nosotros también tenemos un documento que podríamos allegar, gracias.

La Presidencia Ofrece el uso de la palabra al doctor Christian Leonardo Wholffhügel Gutiérrez - Procurador Delegado de la Procuraduría General de la Nación:

Presidente muchas gracias, mi nombre es Cristian Wholffhügel - procurador delegado ante la JEP, para este caso la señora Procuradora General de la Nación no puede asistir y encomendó en el suscrito unas breves observaciones, por supuesto un saludo señora Fiscal, señor Presidente de la Corte, señor

Presidente de la Sala de Casación Penal, Senadores y demás público presencial y virtualmente.

Desde luego, en primer lugar a juicio de la Procuraduría el proyecto es un proyecto sensato, es un proyecto bien elaborado, es un proyecto que en líneas generales se comparte, pero como en su momento la señora Procuradora lo hizo en el Consejo Superior de Política Criminal, hay una norma frente a la cual pues queremos hacer unas sucintas observaciones, sin perjuicio claro está, que en su conjunto el proyecto es robusto y tiene una línea que en nuestra perspectiva es satisfactoria en clave político criminal.

Y a esa norma o a esa reforma es a la que en concreto me voy a referir en estos breves minutos, ya hemos hablado, hemos escuchado la tensión que existe en punto de la modificación del Artículo 199 y la posibilidad de que haya una rebaja para agresores de niños, niñas y adolescentes.

Ahí me voy a detener y hablando de Beccaria, recordemos que también dijo que la pena de los delitos corresponde al daño causado, él inauguró el principio de lesividad, más allá de ello lo que quiero fundamentar son 2 razones que suscitan discusión frente a esa reforma.

Si uno rastrea la exposición de motivos, va a encontrar 2 pilares para esta reforma, uno, que la posibilidad de rebaja de pena conduciría a que esas estrategias defensivas, de acudir a muchos mecanismos entorpezcan los procesos, temas de dilación, uno puede ver la página 8 del proyecto y es supremamente prolija y lo decían antes, evidencia problemas prácticos, el problema práctico se le quiere dar una solución, la pregunta que surge es, ya existen herramientas para que los funcionarios en curso de las audiencias logren dar agilidad al proceso, no vemos un nexo entre la posibilidad de que se allane a los cargos y se evite la interposición de recursos el ejercicio del debido proceso, máxime si tenemos en cuenta que están dotados de la presunción de inocencia.

Es decir, no hay garantía en virtud de la cual se pueda concluir que la rebaja de penas traerá como efectos la ausencia de interposición de recursos, la ausencia de digámoslo en un sentido amplio, maniobras que prolongan indefinidamente en el tiempo, porque recordemos que los procesos están regidos por unos plazos, por unos recursos y hay herramientas dentro de la legislación que facultan a los funcionarios judiciales para evitar que esto ocurra, pero que se amplíe la rebaja o que se permita la rebaja en estos delitos, no es garantía de que ese obstáculo se vaya a evitar, yo estoy yendo es a la razón por la cual se quiere modificar y qué es lo que se quiere modificar.

Y realmente es cierto que es un problema práctico, que se debe buscar una salida, pero creo que desde el punto de vista consecuencial no es nítido afirmar que permitir esa rebaja, en un 15% lo han dicho, va a generar que lo que hemos visto todo el tiempo dentro de los procesos, trámites dispendiosos que se prolonguen indefinidamente en el tiempo, ello vaya a acaecer.

2. Justicia premial, hoy sí existe justicia premial para estos delitos, lo que pasa es que hay que entenderlo en la siguiente forma, cuando alguien acepta los cargos y no tiene rebaja de pena se pregunta uno ¿por qué acepta los cargos si no va a tener ni un solo día de rebaja de penas? pues resulta que el solo hecho de aceptar los cargos trae como consecuencia que el rito procesal se modifique, ya hay una ganancia en virtud de la cual no va a haber proceso penal y ya que estamos en clásicos Carnelutti continuo ya hace muchos años decía que el proceso penal es pena, el proceso penal es sanción, el hecho de que alguien acepte el cargo y vaya directamente a sentencia sin que en el quantum punitivo de la rebaja, no significa que no hay justicia premial, miremos todos los teóricos de la materia.

El primer efecto de justicia premial es el acuerdo frente al procedimiento y la pregunta surge a partir de un caso práctico ¿por qué este señor que cometió el crimen la semana pasada se allano a los cargos si no va a tener 1 día de rebaja de pena? ¿qué lo motiva? evitar el efecto estigmatizante del proceso penal y sobre eso hay bastante literatura.

Entonces cuando alguien comete un crimen de estos, sí obtiene y sí hay justicia premial, en la medida en que ahorrarse el proceso constituye un beneficio, reitero, el proceso penal es pena y en ese orden de ideas, sí hay un referente para que puedan obtener una vía de aceptación de cargos y obtener realmente un beneficio y quienes conocen el proceso penal saben la carga violenta del proceso penal y lo que significa hoy ahorrarse el estigma del proceso.

De suerte que, hay algún cariz de justicia premial cuando hablamos de crímenes cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes y si bien en el quantum no habrá una rebaja en concreto, si existiría en términos generales.

Tampoco puede hablarse de mitigar impunidad, porque si vemos delitos como hurto o homicidio que hoy aceptan allanamiento, los índices de impunidad no reducen por la figura del allanamiento y por las rebajas que ahí proceden.

De suerte que, desde el punto de vista técnico a ojos de la Procuraduría en su conjunto tenemos esas 2 precisiones, que no salen sino de la esencia del propio proyecto de su decurso argumentativo, para nosotros llegar a esa conclusión y claro ¿qué es lo que hace que haya certidumbre en función una decisión judicial? que hayan buenas investigaciones, creo que el ojo debe estar en función y el ejemplo vuelvo y traigo ¿por qué acepto cargos? por una impecable investigación de la Fiscalía, que llevó a la única solución, acepto así no me rebajen 1 día, pero me quito un proceso donde seguramente voy a ser condenado.

Lo que motiva la aceptación de cargos y la posibilidad de que se allane, no es en sí la rebaja, porque si alguien es inocente por más que haya una rebaja muy alta no puede aceptar cargos, sino

la certidumbre de que vaya a ser condenado y esa certidumbre se va a derivar inexorablemente de encontrar un procedimiento penal con una investigación robusta, que llegue hacia esa finalidad.

Entonces en esos términos, apelando a la brevedad y ya no superaré los 8 minutos, la Procuraduría expone, pero ¡ojo! siempre en punto del hilo argumentativo del proyecto qué pretende solucionar y si esa solución es la adecuada para lo que pretende traer a colación, muchas gracias señor Presidente.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Fabio Enrique Pulido Ortiz - Director del doctorado en Derecho de la Universidad de La Sabana:

Bueno buenos días, primero que todo agradezco la invitación a participar en esta audiencia, a los señores Senadores, a los Honorables Magistrados y a la señora Fiscal.

En general yo comparto tanto los propósitos del proyecto de ley, como el contenido de las normas, creo que estoy de acuerdo en general con el propósito de lograr mayor eficacia en el sistema de justicia penal y el lograrlo a partir de la claridad y la certeza del proceso y las penas.

El objetivo de mi intervención va a ser dirigido a mostrar algunos puntos sobre la exposición de motivos y la importancia que tiene la exposición de motivos y la exposición de cada uno de los informes de ponencia en la solidez del proyecto, en la justificación del proyecto y la importancia que puede llegar a tener para evitar litigio penal, perdón litigio constitucional y litigio social.

En los últimos 20 años en el derecho parlamentario ha surgido una línea muy importante, que la suelen llamar legislación racional, cuyo propósito es justamente lograr leyes que eviten que logren los objetivos que se proponen y que eviten el futuro litigio que puede presentarse en la aplicación de la ley, estos principios de la legislación racional se basan básicamente en 3 puntos.

El primero es lograr una legislación clara, una legislación que sea comprensible no solamente por los técnicos del derecho, sino por la ciudadanía en general.

La segunda es la racionalidad sistemática, es decir que no se presenten inconsistencias, incoherencias en las normas, que no haya redundancias en las normas y lograr sistemas legislativos coherentes, simplificando la comprensión así mismo de la norma.

Y el último, que creo que este es el más importante para este proyecto de ley, es la legislación pragmática ¿qué es la legislación pragmática? lograr proyectos de ley que identifiquen claramente cuál es el objetivo que se propone la ley y los medios para alcanzarlo.

Esto se logra particularmente a partir de una legislación basada en evidencia, es decir, que el proyecto de ley se alimente suficiente datos que demuestren tanto la identificación del problema, la identificación del objetivo y los medios que se han definido para lograr estos objetivos.

A partir de estos presupuestos de la legislación racional, voy a presentar 6 puntos que considero que deberían prestársele atención en la exposición del motivo y que pueden mejorar la justificación del proyecto.

El primero es que la identificación de los objetivos del proyecto sean medibles, que no sean como tenemos mucho la costumbre los abogados, simplemente objetivos aspiracionales, difícilmente alcanzables, sino que se identifique el objetivo que se va a alcanzar es este y que sea medible.

Esto logra algo muy importante para la ley o para el eventual proyecto de ley que va a ser una ley y es que se puede medir su eficacia en los siguientes años de la vigencia, tiene otra ventaja, lograr objetivos medibles y es evitar las críticas sociales basadas en argumentos emotivos, cuando yo tengo objetivos medibles, la crítica emotiva como seguramente ya hemos escuchado algunas, baja el nivel, baja la guardia, porque ya no es la crítica típica, no, es que ustedes lo que quieren es disminuir la pena para violadores de niños, ese no es el objetivo, el objetivo es reducir los tiempos de los procesos penales a tantos años, ese el objetivo, el otro objetivo no hace parte del proyecto, cuando usted tiene objetivos medibles la legislación es más racional, más medible y más difícil de criticar.

El segundo es que en el proyecto de ley se habla que hay problemas de inflación legislativa, pero no se demuestra cuáles son los problemas de inflación legislativa en materia procesal y en materia procesal penal, yo no soy penalista, yo soy constitucionalista, cuando leí el proyecto y encontré que se afirmaba inflación legislativa no encontré la razón, entonces yo creería que ahí habría que argumentar mejor cuáles son los puntos de inflación legislativa que habría que corregir.

El tercero es que el proyecto de ley suele usar distintas afirmaciones empíricas, como, por ejemplo, que los litigantes usan los actuales mecanismos para dilatar el proceso, que los procesos penales de determinado tipo tienen más duración que otros, pero lamentablemente no hay datos, en el proyecto de ley no se muestran datos que me digan por qué estos proyectos se están demorando, cuánto se están demorando y que justifiquen en efecto que habría estas afirmaciones empíricas son reales.

Esto nos sirve para algo, un principio que se llama, un principio científico que es el de corroboración o de falseabilidad del dato, si yo tengo datos que demuestran una afirmación empírica, yo los puedo falsear con datos contrarios o corroborar con los datos existentes, entonces a mí se me haría mucho mejor que ese tipo de afirmaciones tuvieran datos que están disponibles seguramente en las distintas dependencias del gobierno o en centros de investigación del país.

La cuarta es el uso del derecho comparado, en el proyecto de ley hay una mención, una

pequeña mención a una institución del derecho norteamericano, pero no se hace un suficiente estudio del contexto y las diferencias que hay con el sistema norteamericano, el derecho comparado es una herramienta no solamente científica, sino también retórica muy potente para justificar el proyecto, pero para ello requeriría un mayor esfuerzo en lograr esa comparación de contextos.

El siguiente es una observación en materia de argumentación legislativa, cuando se emplea el principio de proporcionalidad, en la exposición de motivos hay al final un par de párrafos que plantea un juicio de proporcionalidad pero a todo el proyecto, es decir, se hace un juicio de proporcionalidad a todo el proyecto de ley y no a cada una de las medidas, eso es un error técnico en materia de argumentación legislativa, porque el juicio de proporcionalidad tiene que ser medida a medida, es decir, un juicio de proporcionalidad para ¿qué se yo? para las medidas que reducen penas, un juicio de proporcionalidad para la terminación de procesos por reparación integral, etcétera. No un juicio proporcional a todo el proyecto de ley.

Y la última, es un análisis un poquito más detallado de los problemas que puede tener en materia de unidad de materia el Artículo 12, el de la apelación de las decisiones que pueden llegar a tener en la Corte Suprema de Justicia, que los conoce la Sala Penal o un magistrado de la Sala Penal del distrito judicial de Bogotá, porque no está clara cuál es la coherencia sistemática y... con el resto del proyecto, puede que no sea necesariamente un vicio de inconstitucionalidad, pero sí puede llegar a generar un problema de técnica legislativa, porque no resulta claro cómo se ajusta esa disposición con el resto de medidas y finalidades del proyecto.

Esos son los 6 puntos que yo quería o 7 puntos que quería resaltar sobre la técnica legislativa en la exposición de motivos, creo que mejorar en esa parte como les decía, va a mejorar en la justificación del proyecto, va a evitar el futuro litigio constitucional, que seguramente va a tener este proyecto y va a mermar un poco las eventuales críticas sociales y emotivas que surgen a propósito de este tipo de reformas a la justicia, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Fabio David Bernal Suárez – Colegio de Jueces y Fiscales de Bogotá:

Muchas gracias señor Presidente de la Comisión, señora Fiscal General, Presidente de la Corte Suprema, demás invitados especiales de la Corte, yo vengo en representación del Colegio de Jueces y Fiscales de Bogotá, nosotros somos una organización que llevamos más de 30 años escuchando e integrando el trabajo de los jueces y los fiscales a nivel nacional y que recogemos todas las angustias que tiene llevar a cabo las leyes que ustedes hacen.

Y si estamos acá realmente es porque queremos apoyar el proyecto que ha diseñado la Corte Suprema Justicia con la Fiscalía General, porque es el reclamo, es el clamor de los fiscales para poder sacar adelante un proceso, ustedes no saben tan difícil que es después de la Ley 906 de 2004 haberle quitado la iniciativa investigativa a los fiscales que antes llamaban juez de instrucción y no estoy diciendo que volvamos al punto, pero es que un fiscal se encarga de ordenar y entregarle eso al policía judicial y el policía judicial tiene miles de asuntos que atender y obviamente eso no alcanza a solucionar los problemas y los reclamos que necesita la gente.

Y si a eso le sumamos que en las leyes que ustedes sacaron posteriormente como la 1153, incluye una serie de limitaciones para que los procesos no avancen, la práctica la estamos asumiendo nosotros los jueces y fiscales con la angustia que nos da que los casos terminan en prescripción y no podemos sacarlos adelante porque hay muchas trabas legislativas que se hacen acá, pero la eficacia es en los despachos judiciales.

Entonces un fiscal no puede practicar pruebas, sino todo tienen que entregar a policía judicial y no nos digamos mentiras, Colombia ha superado ya los 50 millones de habitantes y los operadores judiciales, fiscales, jueces, son muy pocos con relación a la cantidad de población.

Este país cree que el derecho penal tiene que solucionar todos los problemas de la nación y eso no es así, esto simplemente es una forma de control social y con las normas que se han expedido y con las cuales el proyecto con el que compartimos pide que entremos a modificarlas con urgencia, va a ayudar no en todo, sino en algo a solucionar y avanzar en los procesos, primero ¿cómo es que se implanta una prescripción prácticamente de 3 años a la mitad después de la audiencia de imputación? que eso no lo teníamos, ponen a correr a los jueces, a los fiscales, obviamente los casos de construir los procesos son más complejos, más densos y el término entre la imputación y la prescripción, mire pasa rapidísimo, no hay causales de interrupción, salvo los casos del principio de oportunidad, que son muy pocos.

Y si a eso le sumamos que hay muchas restricciones de la Ley 1121 de 2006 y otras restricciones sobre los delitos contra menores para conceder rebajas, pues sencillamente los procesados y los abogados litigantes honestamente dentro del derecho que tienen a presentar y a requerirlo mejor del derecho para sus casos, pues no van a aceptar cargos, mucho menos van a aceptar principio oportunidad porque dice si no nos van a dar ninguna rebaja ¿entonces qué sentido tiene que aceptemos cargos? Si eso es así, entonces someten a los jueces y a los fiscales a procedimientos ordinarios y créanme, hacer un proceso no es muy fácil y ahora con la virtualidad peor todavía.

Entonces este clamor que presenta la reforma es muy cierto y por favor escúchenos, ayúdennos para que saquemos adelante por lo menos los procesos con las primeras indagaciones que reúne la

Fiscalía y ya los sujetos procesales pueden admitir los cargos y admitiendo los cargos sencillamente podemos conceder algunas rebajas, limitando las restricciones para libertad y eso es viable hacerlo y eso está en los artículos ,digo no es el todo, pero es una parte, ayudará mucho a los jueces y fiscales y nos acordaremos de ustedes siempre que nos dieron una mano para sacar adelante los procesos.

Es angustiante que prescribamos constantemente, viendo la ocurrencia de los comportamientos delictivos y que no podemos hacer absolutamente nada porque la prescripción llegó y los cogió, porque el proceso penal es muy complejo realizar.

Entonces casos evidentes en los que se tiene la prueba desde el principio, sencillamente hay que admitirles en todos, que acojan y se apliquen principio de oportunidad o acepten cargos y conceder algunas rebajas, si tanto temor tienen ustedes como legisladores, porque también reciben los reclamos sociales para modular en los casos más severos del comportamiento social como los secuestros, las extorsiones, los delitos contra los menores, de conceder rebajas como ocurren en los delitos otros que no son de intensa gravedad o levedad o alarma social, pues sencillamente podemos acoger unos esquemas diferentes, cuando en estos delitos, es una opción, para no encerrarnos conceptualmente en todo lo que dice el proyecto, cuando en estos acepten cargos imponerle que el juez casará la pena en el mínimo previsto en la ley.

Mire y para esa clase de delitos es una opción altísima y muy ventajosa, porque los delitos que en este momento tienen las restricciones de rebajas de penas por aceptar cargos como la extorsión, el secuestro, los delitos contra menores, ya les dije que las partes se van a un proceso ordinario con todo lo que ello implica, pero si ustedes regulan, por ejemplo, que aceptados los cargos el juez no podrá imponer sino la pena mínima, mire con eso ayudan muchísimo, porque es una gran cosa y nos facilitaría los procesos, porque tengan la seguridad, hay muchos casos en los cuales ellos pueden aceptar los cargos, entonces por favor atiendan este clamor para que nos ayuden.

En segundo lugar, el tema de la justicia restaurativa lo han peyorizado en el país y a todo le ponen conciliación, como si eso fuera la justicia restaurativa, resulta que la justicia restaurativa no es ni la conciliación, ni la mediación, eso es uno de los elementos derivados de lo que es el poder de accionar o el poder de intervenir en las decisiones que los afectan y eso está en el Artículo 2 constitucional, es el fundamento para todo el mundo, es un principio transversal de justicia restaurativa en este país, es permitir a las personas participar en las decisiones que los afectan y este principio vale tanto para los casos de conciliaciones de indemnización integral, como para terminar los casos por audiencia, sentencia anticipada o negociaciones, porque eso es participar y ese es un derecho que tiene todo el mundo, sean procesados, delitos graves, delitos leves o también sean víctimas de comportamientos sexuales y cualquier otro.

Entonces necesitamos que ustedes nos colaboren con esta reforma legislativa en esos puntos esenciales, porque en verdad el principio de oportunidad también ya la Fiscalía está proponiendo que lo modifiquen para no generarlo en tanta complejidad, como ocurre o está ocurriendo.

Entonces y revisen por favor los temas de prescripción, porque en verdad si ustedes se meten a un proceso penal ordinario, incluso los delitos tan graves como los que son contra los menores, como los delitos de corrupción o los que se roban el patrimonio público, se están beneficiando altísimo de este recorte de términos de investigación, de esas restricciones, de que todo el mundo puede someterse a un proceso ordinario con lo complejo que hay y prácticamente para que les quede en la cabeza y traten de solucionar en una forma práctica lo que estamos solicitando y apoyando en este proyecto a la reforma, evitemos que en Colombia con estas formas legislativas que no hay ayudan a la evacuación de los procesos, se esté construyendo una opinión del derecho fundamental a delinquir.

Y eso tenemos que salir adelante y por eso estamos acá, para pedirles a ustedes que por favor nos colaboren y que no se construya en este país el derecho fundamental a delinquir, ya en las universidades tendremos oportunidad de hablar de cómo se construye ese derecho fundamental a delinquir no por el ejercicio de las garantías, sino solamente porque las leyes son ineficaces para que los jueces saquen adelante un proceso y con a todo el mundo lleven a trámite ordinario, que es lo que el proyecto esencialmente quiere, para que permitan rebajas a todos los comportamientos y ya nos da una opción, una visión de cómo puede ser en los casos más graves, que no siempre le den la misma rebaja de todo el mundo, sino imponer que el juez ponga la sanción mínima establecida en la ley y ese sería un aspecto.

Muchas gracias por haberme oído y muy amables y confiemos que la legislación en este caso ayude a la angustia de jueces y fiscales que hacen los procesos, nosotros estamos acá de verdad pidiéndole a ustedes que hagan esa ley, porque cuando llegue el momento del escrutinio social van a seguir hablando de impunidad y si no tomamos caminos o remedios, las consecuencias estarán a la vista con un descrédito tanto para la justicia como para el legislativo y la gente tiene que entender que nosotros los jueces no hacemos las leyes, solamente las aplicamos, muchas gracias.

La Presidencia Ofrece el uso de la palabra a la doctora Paula Viviana Fierro Barreto – Transparencia por Colombia:

Bueno muchísimas gracias Senadores, Senadoras, señora Fiscal, Honorables Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y a quienes nos acompañan en esta audiencia pública, desde Transparencia por Colombia agradecemos el uso

de la palabra en este espacio, pues vemos necesario incluir en esta discusión consideraciones relevantes respecto de la corrupción, su sanción y la reparación integral de víctimas de corrupción.

Esta intervención la haré abordando 3 puntos esenciales, primero, el índice de percepción de la corrupción de transparencia internacional durante los últimos años ha mostrado una ligera mejora del país en materia de lucha contra la corrupción, sin embargo, los resultados que tenemos al día de hoy son insatisfactorios y lo cual lo vemos en los constantes hechos de corrupción que estamos digamos evidenciando en el país y que menoscaban los derechos de la ciudadanía.

Por ello es importante avanzar en la lucha contra la corrupción de forma sistémica y estructural y es acá donde entra el tema de la reforma a la justicia en términos de lucha contra la corrupción, poniendo en el centro de la discusión a comunidades, personas y a la sociedad en su conjunto como víctimas del fenómeno.

En este sentido, es necesario que la reforma al sistema judicial colombiano incluya medidas para facilitar, promover y asegurar que quienes incurran en actos de corrupción que impacten en los derechos y en el goce de las garantías de los derechos de la ciudadanía, reciban las sanciones ejemplares y que la recuperación de activos permita la debida reparación de las víctimas.

Transparencia por Colombia y Dejusticia realizaron la investigación nadar en mar abierto, que identificó obstáculos y buenas prácticas de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de la corrupción, entre ellos se destaca la necesidad de fortalecer la independencia de los funcionarios judiciales en investigaciones de corrupción, así como implementar iniciativas para facilitar la construcción de macro investigaciones de hechos de corrupción, aspectos que no se ven en la reforma.

Compartiremos estos documentos por medio de los correos institucionales y esperamos que sirva a la Honorable Comisión para incluir dentro de la ponencia medidas que puedan eliminar esos obstáculos que hoy se presentan para avanzar en la sanción efectiva del fenómeno.

Como segundo punto, lo que sí incluye el proyecto en cuanto a medidas para brindar la celeridad del proceso y garantizar la reparación de las víctimas, no tiene un gran impacto respecto de la sanción de delitos ya asociados a la corrupción y tampoco para garantizar medidas de reparación integral en favor o en cabeza de las comunidades, personas y la sociedad en su conjunto.

La modificación de los artículos 1° y °2 no contempla la reparación como una forma de terminación anticipada para los delitos contra la administración pública, que son los más relacionados con corrupción, además solo se limita a 7 delitos específicos contemplados en el Código Penal, pero deja de lado aquellos referenciados en la Ley 2195 en el parágrafo 1 del artículo 59.

Desde el año 2018 Transparencia por Colombia ha venido promoviendo acciones para el reconocimiento de las víctimas de la corrupción y su reparación integra, es así donde vemos la importancia de empezar a trascender el enfoque de que solo es el estado la víctima de la corrupción, pues porque vemos daños efectivamente en la comunidad y en la ciudadanía.

Asimismo nosotros reconocemos que también la reparación integral tiene que trascender al factor indemnizatorio o de carácter pecuniario, para nosotros es fundamental en hechos de corrupción escenarios de no repetición que involucren a la ciudadanía y a organizaciones de la sociedad civil en estos asuntos, asimismo otro tipo de reparaciones que se acogen a los estándares internacionales de protección de derechos humanos y que este es un asunto que no es solo relevante para Colombia, ya en otros estados, en otras organizaciones internacionales se está promoviendo este tema de reparar a víctimas de corrupción diferentes al estado y por eso hacemos este llamado también a reconocer este tema y empezar a avanzar en este camino.

Por último, hacemos mención al artículo 11 del proyecto, relacionado al principio de oportunidad, en donde se prioriza la reparación de las víctimas como un requisito para extinguir la acción penal, un aspecto importante en los delitos de corrupción, así el artículo 11 establece en su primer numeral que el principio de oportunidad se concederá cuando se apliquen los mecanismos de justicia restaurativa reconocidos en el presente Código y los estándares internacionales y que se hayan cumplido las condiciones allí establecidas.

Esto genera ciertas dudas, primero porque el Código Penal no menciona cuáles van a ser esos mecanismos o de qué manera se van implementar, sabemos que sí existe una resolución y un manual de justicia restaurativa en la Fiscalía, pero no queda tan claro cómo se van a dar y sobre todo en casos de corrupción cómo aplicarían y cuáles serían digamos los más viables y pertinentes para ello.

Y por otro lado, la conjunción I sugiere que deben cumplirse todas las condiciones para que el principio de oportunidad sea procedente y legal, la forma en que se propone otorgar este beneficio podría dificultar su aplicación por parte de los jueces, lo cual aumenta el riesgo de interpretaciones erróneas que beneficien a los imputados y pongan en detrimento los derechos de las víctimas, en este caso las víctimas de corrupción, sin una reparación integral y mecanismos que prevengan la repetición de hechos de corrupción y en general, el principio perdería eficacia.

Es importante aclarar que el principio de oportunidad en procesos relacionados a corrupción es un mecanismo fundamental para abordar los casos de gran corrupción y desarticulación de grandes empresas criminales que afectan los derechos de la ciudadanía, desde Transparencia por Colombia celebramos la intención de asegurar la reparación

de las víctimas, sin embargo, invitamos a esta Honorable Comisión a considerar la importancia que tiene este mecanismo dentro de los casos de corrupción.

Por último, resalto lo siguiente y es virar la mirada hacia las comunidades vulnerables que son afectadas por el flagelo nos puede permitir avanzar hacia la sanción efectiva, la protección de los derechos humanos y escenarios de no repetición ante hechos de corrupción, el enfoque restaurativo que plantea el proyecto busca abordar este asunto de una forma que sea integral para la restauración del tejido social afectado por la corrupción y los escenarios de no repetición que son trascendentales para afrontar este fenómeno, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor José Freddy Restrepo García – Fiscal Ante el Tribunal del Valle del Cauca:

Muchísimas gracias Honorable Presidente de la Comisión Primera del Senado, bien, este servidor desea en primer lugar saludar la presentación de este proyecto y que la Comisión Primera oiga la ciudadanía en el desarrollo del mismo, saludo de la misma manera que el Presidente de la Corte Suprema Justicia Gerson Chavera, la nueva Fiscal General de la Nación - Luz Adriana Camargo y la nueva Ministra de Justicia - Ángela Buitrago, hayan presentado el mismo cole, el enfoque y con la concepción que se ha presentado.

Esto si revisamos con detenimiento significan un viraje en la concepción del estado frente a la forma como el poder estatal y en particular el poder punitivo enfrenta el fenómeno de la criminalidad e introduce a partir de ello virajes en la aplicación práctica de la política criminal del Estado.

Ya lo decía el profesor Luis Arroyo Zapatero: Toda Constitución trae un programa penal, y la nuestra lo trae, pero en las últimas décadas de implementación en nuestro país de la legislación penal, lo que han hecho es incrementar penas, incrementar agravantes, reducir beneficios, en un claro ejercicio de derecho penal maximalista, de ejercicio de poder punitivo a ultranza de la huida del derecho penal para que solucione todos los conflictos que se deben de resolver por otras normatividades, como lo propuse claramente en la presentación de un proyecto de ley que entregué en octubre 22 de 2022 al Congreso de la República, a los asesores del Presidente, al Ministro de Justicia, sobre la despenalización de la protesta social y sobre mecanismos de descongestión carcelaria.

Pues este proyecto me hace recordar a ello, por la concepción que se tiene en cuanto a garantías para el constituyente primario que acude a la justicia, garantías reales y esas posibilidades de la justicia para las víctimas de verdad, justicia y reparación.

Y creo que es enhorabuena, porque después de 4 años de un ejercicio ajeno a ese clamor de la Fiscalía por parte del antiguo fiscal doctor Barbosa, a modo de ejemplo, ante los atropellos e incumplimientos de acuerdos por la entidad, los servidores de la Fiscalía de Cali ejercimos el derecho constitucional a la protesta y en su lugar la respuesta fue la represión y la persecución, el intento de sacarnos de la entidad sin fórmula de juicio y al final llevar al caso ante la Comisión Interamericana, cosa que se frenó cuando escalamos el conflicto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la oficina de la independencia judicial de la ONU y al final compulsamos disciplinariamente.

Contrario a ello, esta Fiscal en asocio de la Ministra de Justicia y el Presidente de la Corte, han presentado un proyecto que cabalga incluso en el mismo sentido de la misma Directiva 01, donde entregó directrices claras a los funcionarios judiciales de la Fiscalía con abundante compilación de tratados, leyes y fallos, para proteger ese derecho a la protesta social precisamente y de paso hacer pedagogía a la ciudadana.

Ese viraje de concepción se ve reflejado en este proyecto que se está entregando, que acoge la justicia restaurativa y otros, que concilian de manera equitativa los intereses del procesado como sujeto pasivo de la acción penal del estado y la víctima como sujeto pasivo del delito, ya quienes me antecedieron hicieron interesantes disertaciones doctor Mauricio Pava con su explicación con relación a cómo efectivamente se pueden hacer reformas puntuales y la postura de fortalecer algunas iniciativas de la defensa, lo que el doctor Reyes planteó con relación a la validación de que las causales de principio oportunidad, no es cierto que le estén dando beneficios inconstitucionales o improcedentes a quienes cometan delitos contra los niños, ya las razones que hay son suficientes para ello.

Por eso acojo el planteamiento que dicen que es posible mejorar la redacción de la colaboración eficaz y le plantearé una propuesta adicional a él y es que, en esa colaboración eficaz aparte de esos otros elementos, también enfatizar en la redacción sobre la posibilidad de que se garantice con ese testimonio un castigo efectivo a los responsables de las estructuras criminales y en particular a los cabecillas.

La doctora Marcela igualmente con sus 3 motivos nos dejó bastante abundado el terreno, que nos permite no recabar sobre esos elementos.

En cuanto al tema de la reparación integral. nos parece que es un claro reflejo de la visión de política criminal que surge propia de un estado constitucional, como reclama Claus Roxin y muchos otros teóricos e incluso nuestras altas cortes, que se cita incluso en el proyecto de ley en la exposición de motivos.

Es clarísimo como lo dijo el doctor Reyes también, que en Colombia se dio un fenómeno sumamente complicado que tiene efectos hasta hoy todavía y es que cuando se plantea la implementación del sistema acusatorio en Colombia, se copian modelos del sistema anglosajón y sistemas de continental europeo, pero en esa copia se dejaron elementos sumamente complicados en la práctica, cuando

el 10% de los casos que sería el porcentaje que tendrá que ir a juicio, en la práctica es el 10% un poco más un poco menos, de casos que terminan en soluciones alternativas en este sentido y el 90% o más va a los juicios, con una Fiscalía con falta de personal, congestionada, con falta no solamente de asistentes, sino también de investigadores, con una planta de cargo que está por debajo de los niveles que se reclaman.

La misma OCDE ha dicho que se requiere para un país normal 65 jueces por cada 100.000 habitantes, Colombia tiene 11 jueces por cada 100.000 habitantes y el mismo porcentaje con relación a los fiscales, estamos por debajo de la media de los países normales y Colombia no es un país normal, es un país con paramilitarismo, todavía con guerrilla, con disidencias de guerrilla, con narcotráfico, con altos niveles de corrupción, que hace necesidad de hoy un cambio y este viaje de esta propuesta en ruta hacia allá un viraje de la política criminal del Estado.

Nos parece que muy por el contrario, no podemos seguir haciendo eco como ya escuchaba acá, hacer eco a las voces de los medios de comunicación que ocurrió un delito que viene ocurriendo muchas veces atrás y por el impacto de los medios se corre a penalizar, a agudizar mecanismos de sanción, a negar beneficios que cuando estuve como juez, hoy soy fiscal, pero cuando estuve como juez tuve que ver como muchas personas violadores de niño no se acogían a un preacuerdo o fórmulas parecidas por cero rebajas.

No es cierto como lo planteó el delegado de la Procuraduría, que basta sencillamente con las fórmulas que él planteó resolver ese problema, no, la práctica nos ha demostrado a nosotros que el sistema penal no es un problema en la impunidad un problema de la Fiscalía, es un problema del sistema en su conjunto, las leyes como están diseñadas en los sustancial, en lo procesal y en la parte de ejecución, pero también cómo operan otros elementos, no ven las realidades fiscales congestionados que están con un número muy inferior a la carga laboral que se requiere, al menos con los estándares internacionales como la misma OCDE reclama, fiscales amenazados, con falta de garantías reales, testigos que en los primeros días de los hechos como me ocurrió estos días, el testigo estuvo presto a acudir a ampliar la entrevista, ampliar la denuncia, pero a la hora del juicio, varios años después por miles de situaciones dilatorias en muchas ocasiones de la misma defensa, se perdió, no volvió aparecer, bloqueó los celulares y fue imposible encontrarlo.

Ahí en esas situaciones, entonces como también pasa con los niños cuando tienen que volver nuevamente a los juicios para revictimizarlos, lo que la práctica ha demostrado es que han aumentado las absoluciones y los niveles de impunidad y con ello volver nuevamente a fenómenos de revictimizar a los niños.

Nosotros pensamos que en este momento la fórmula que se ha entregado es acertada, yo tengo unos criterios Honorable Presidente de la Comisión Primera del Senado de lo que anuncié ahorita, que tienen que ver con lo que se ha planteado acá, que me parece que es una forma de enfrentar ese ejercicio del populismo punitivo, del inflacionismo punitivo, se reclamaba ahora de que se hablaba de inflacionismo legislativo, pero no se daba en el proyecto soportes, será tarea seguramente la Comisión Primera y en todo el debate en el Congreso de la República fortalecer esos referentes y podemos contribuir a ello.

Pero sí nos queda claro que, en este sentido, este proyecto camina en un derecho penal mínimo, un derecho penal garantista y no es... del derecho penal que ha sido tan nocivo.

Honorable Presidente de la Comisión Primera le haré llegar el proyecto que entregué en octubre de 2022 para despenalizar la protesta social, con argumentos de la Corte Constitucional de tratados internacionales y de referente de las Altas Cortes igualmente, igualmente con el proyecto de descongestionar las cárceles, que cuando leía el proyecto me parece muy similar a lo que este servidor había preparado en el 2022, porque coincide plenamente con su filosofía.

Así entonces haremos entrega del mismo, para fortalecer lo que hemos planteado, que creo que ya estamos llegando sobre los 10 minutos y cerraría señalando básicamente que este ejercicio que hace el Congreso de la República para permitir que la ciudadanía acuda a intervenir en este escenario de la construcción de la ley, es garantizar la participación del constituyente primario en la construcción de las decisiones que los afectan, en consonancia con el artículo 2° de los fines esenciales del estado social y democrático de derecho.

Creo que va a ser necesario que desde diferentes escenarios habilitemos espacios para que la academia, las víctimas y demás, aportemos elementos que seguramente la Comisión Primera del Senado que usted dirige sabrá recoger y esperamos pues para ser fiel al tiempo complementar las propuestas con elementos que hare llegar por escrito, adelantando de que muchos que me antecedieron abordaron temas que eran cruciales y que creo que acá con el complemento que entregue el documento estaré presto a coadyuvar la iniciativa que han entregado la Corte Suprema de Justicia, la Fiscal General de la Nación y la Ministra de Justicia, muchas gracias Honorable Presidente.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Francisco Bernate Ochoa – Presidente Colegio de Abogados Penalistas de Colombia:

Muchísimas gracias, muy buenos días para todos, para todas, es un honor dirigirme a esta Corporación, en nombre de 5.000 abogados y abogadas de Colombia, en el... de 32 departamentos y más de 200 colegas exiliados que me han dado el honor de ser su representante, saludamos efusivamente esta invitación, saludamos con afecto y con respeto a la señora Fiscal General de la Nación, al señor

Presidente de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala de Casación Penal, al magistrado Bolaños, al profesor Yesid Reyes, al Honorable Coordinador de la Fiscalía delegada ante la Corte y les damos las gracias por permitirnos hablar.

Porque lo único que tenemos claro es que una vez ha ocurrido otro crimen contra niños, niñas y adolescentes, será uno de mis colegas quien tendrá que salir en la defensa de sus derechos y por ello será estigmatizado, será amenazado, su vida se verá expuesta y su tranquilidad se verá claramente afectada.

Represento a estas personas que nos ganamos la vida ejerciendo la defensa de los derechos de los demás y que como hemos podido ver somos los primeros estigmatizados, porque se nos acusa de dilatar los procesos, dilatar las actuaciones, eso no es así, lo único que hacemos es defender los derechos de las personas.

Felicitamos al gobierno nacional a través del Ministerio de Justicia, que conformó una comisión de 40 expertos de origen plural, en la cual el Colegio de Abogados Penalistas de Colombia participó y tuvo el honor de acompañar y apoyar esta propuesta, resulta muy fácil criticar esta propuesta desde la perspectiva de quien en su vida a cogido en sus manos un expediente, resulta muy fácil plantear hipótesis y alternativas cuando no se conoce la problemática.

Consideramos importante y oportuno recordarle al país el origen del sistema penal acusatorio en el año 2002, cuando se habló de un sistema de justicia eficaz, cuando se habló de un sistema que pretende que solo el 10% de los procesos vaya a juicio, con ello más de la mitad de los investigadores que entonces formaban parte de la Fiscalía General de la Nación fueron declarados insubsistentes.

Y hoy en día la realidad es que ni siquiera el 5% de los procesos penales en Colombia termina con estas salidas, porque más de 70 reformas legislativas al procedimiento penal en Colombia le aplicaron una herida mortal, lo que encontramos hoy en día son procesos donde las víctimas no reclaman venganza, las víctimas no pretenden que el preso esté allí 20, 30, 40 años, no, lo que quieren es que haya justicia pronta y cumplida, nosotros los litigantes queremos que esto se resuelva pronto, porque básicamente de esto vivimos, si esto no se resuelve no vivimos, así de fácil.

Y es en ese contexto, donde el sistema solo va a funcionar en la medida en que haya preacuerdos, negociaciones, allanamientos y demás, esto lo venimos diciendo los abogados y abogadas penalistas de Colombia hace 20 años, que comenzaron las reformas al sistema penal acusatorio, lo que se busca es que de cada 100 casos 90 se res vuelvan por esta vía, me van a decir ¿y los procesos contra niños, niñas y adolescentes? es que ustedes son indolentes, pues deben saber que todo proceso en el que un menor es víctima, el primer llamado a cuidarlo es su representante judicial, un abogado que representa a las víctimas, porque les vengo a decir que no solo defendemos delincuentes, también a las víctimas y nos llevamos la estigmatización.

¿Y qué es lo que queremos? que esto se resuelva, qué dolor cuando vemos una persona procesada por un evento de criminalidad organizada, de pornografía infantil, de explotación de niños, niñas y adolescentes que quiere contar la verdad ¿pero a cambio de qué? a cambio de algo y se queda todo ese escenario en la impunidad, que el ruido que causan estas dolorosas muertes no nublen lo importante y el norte, que se trata de nada más y nada menos que dar una justicia pronta y cumplida.

Consideramos que a las víctimas les asisten los derechos fundamentales a la verdad, a la justicia por supuesto y a la reparación, cuando vemos que un proceso judicial por delitos contra niños, niñas y adolescentes se toma 10 años, ninguna de las 3 se cumple, la menor de edad cuya muerte lamenta hoy Colombia, su presunto victimario estaba libre por vencimiento de términos, en ningún caso por una estrategia tramposa, dilatoria de un abogado, porque eso no es así, porque así fue, porque los procesos se demoran 8 o 10 años, en el evento en que logremos una sanción sí reducida, de acuerdo, algo habrá que darle a cambio, habrá justicia pronta y cumplida, podremos pasar la página.

Esto no se trata de maximizar las penas, no se trata de juzgar, de legislar con los ojos todavía rojos a partir de la indignación y el dolor que esto nos causa, queremos nosotros los abogados y abogadas de Colombia, una justicia eficaz Senador, una justicia donde haya justicia pronta y cumplida e invitamos a todos y a todas a reconocer en los abogados y abogadas de Colombia unos garantes de los derechos de todos y a evitar la estigmatización, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Lisa Cristina Gómez Camargo – Delegada de derechos de la Mujer y Asuntos de Genero de la Defensoría del Pueblo:

Bueno muy buenos días para todas, para todos, Senadores, Senadoras, Magistradas, Magistrados, señora Fiscal, reciban un saludo de nuestra Defensora la doctora Iris Marín, estoy aquí para que efectivamente podamos seguir ampliando la discusión respecto a la reforma, celebramos los espacios de discusión y de participación y creemos que efectivamente con un sistema de consultas donde participen abiertamente las organizaciones sociales, la academia, se puede nutrir este proyecto de ley.

En el análisis que hemos realizado, el proyecto como ya se ha dicho y sus 12 artículos, pues tiene como objetivo propender por la garantía de una administración de justicia pronta y efectiva en materia penal y esto es fundamental para que efectivamente se garantice el derecho al acceso a la justicia de las mujeres, los niños, niñas y adolescentes.

Es importante reiterar como ya se ha dicho en esta audiencia, que el proyecto de ley no suprime la

prohibición de penas sustitutivas, ni los subrogados penales o los beneficios administrativos para los autores o partícipes de delitos contra la vida, la libertad, la integridad, la libertad y formación sexual de menores de edad, sino que por el contrario, la iniciativa pretende posibilitar que los imputados por estas conductas delictivas puedan efectivamente allanarse a cargos o celebrar preacuerdos con la Fiscalía obteniendo una reducción punitiva sustancialmente inferior a lo que se aplicarían los responsables por otras conductas que aceptan su responsabilidad.

Celebramos como se ha dicho la necesidad de que la justicia sea efectiva, porque como también se ha planteado en este espacio, la efectividad de la prevención de que ocurran nuevamente delitos depende necesariamente de que la justicia actúe y sea efectiva en términos de la pena.

Sin embargo, quisiéramos plantear en la discusión y poner en la mesa algunos riesgos que identificamos como que se puedan abordar en el articulado y en la exposición de motivos.

Lo primero para decirles es que recogiendo las recomendaciones que ha hecho el comité para la erradicación de todas las formas de discriminación contra las mujeres en su recomendación 33, es importante retomar las recomendaciones que le ha hecho al estado, en particular con la aplicación de la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y ofrecer efectivamente reparación en todos los delitos cometidos contra las mujeres, ya sean perpetrados por agentes estatales o no.

Y, además, que se garantice que la prescripción se ajuste a los intereses de las víctimas, que además se tomen medidas para que se establezcan dependencias específicas y especializadas en cuestión de enfoques de género y atención a las víctimas y que se tomen medidas apropiadas para crear un entorno de apoyo que aliente a las mujeres a reclamar sus derechos, a poner denuncias y efectivamente a que su vida sea protegida.

Y en ese contexto, es muy importante plantear adicionalmente que es necesario que este proyecto de ley pueda en el marco de la justicia premial o de los mecanismos anticipados en determinación, preacuerdos y negociaciones, armonizarse con el Artículo 7G de la Convención Belem do Pará, que plantea que efectivamente es deber del estado establecer mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que las mujeres objeto de violencia tengan un acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño y otros medios de compensación justos y eficaces.

Ya se ha dicho efectivamente que tenemos un escenario en el que los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual no están siendo efectivos en la justicia, con datos del Centro para la Excelencia de la Justicia podemos afirmar que contrario a lo que se esperaba con la reforma, vemos un aumento en el número de sentencias absolutorias y un aumento en el número de procesados que recobran su libertad en atención al vencimiento de términos y esto no está garantizando el acceso a la justicia ni de las mujeres, ni de los niños, niñas, ni personas de los sectores LGBTI.

Y a partir de allí, consideramos fundamental que se pueda incorporar en el proyecto claramente los derechos que ya la Corte Constitucional en diferentes sentencias ha establecido frente a los derechos de las víctimas en el proceso penal y como se ha dicho, abarcando el derecho a la verdad, la justicia y la reparación en 3 mandatos particulares, su participación, la participación de las víctimas no se limita a actuaciones específicas, sino que está facultada para intervenir de manera autónoma durante toda la actuación, que el sistema de investigación y juzgamiento al tiempo que se encuentra regido por los principios de igualdad entre las partes y contradicción, concede una especial protección a las víctimas y por lo mismo promueve el restablecimiento de sus derechos y la reparación integral.

La reforma que se propone amplía la facultad discrecional de la Fiscalía en la aplicación de estos mecanismos de terminación anticipada, lo cual conforme a la práctica del sistema penal implementado desde 2004, ha demostrado respecto a las atenciones que se han hecho las víctimas desde la Defensoría del Pueblo, que se deben reforzar los mecanismos que obliguen a los funcionarios judiciales a tomar en cuenta las necesidades y manifestaciones de las víctimas.

Nos parece fundamental adicionalmente, que el proyecto de ley recoja de manera específica desde su exposición de motivos hasta el articulado, los derechos de las mujeres y el enfoque de género en el que ya el país ha avanzado en su normatividad y en las diferentes sentencias de la Corte Constitucional.

Es necesario adicionalmente, que en ese sentido podamos hacer un análisis de la propuesta del articulado en lógica de la reparación integral y en particular en lo que se evidencia y lo que ya se ha puesto en discusión en el artículo 7° del proyecto de ley.

Consideramos que, en ese sentido, es importante empezar a analizar como en particular en el artículo 7° posturas de la Corte Suprema de Justicia nos pueden permitir hacer un ajuste al articulado que permita mitigar la percepción que el artículo va a permitir que niños, niñas y adolescentes no tengan acceso a la justicia y en ese sentido queremos proponer al debate que se pueda ubicar la postura de la Corte Suprema de Justicia en torno al control amplio del control judicial de los preacuerdos.

Consideramos que, esta postura podría generar mayor profundidad para que por parte del juez se pueda hacer una verificación de la adecuación típica de la proporcionalidad de la sanción, en esa medida esta postura sería más coherente con los objetivos de la reforma y permitiría que los jueces revisen de manera más completa los preacuerdos en los casos de delitos sexuales contra menores de edad,

la adopción de esta postura en la implementación de la reforma podría contribuir a que la justicia efectivamente sea más efectiva y más equitativa.

En este sentido, también quisiéramos plantear que respecto al enfoque de los derechos de las mujeres y el enfoque de género, el artículo 7° podría permitirnos avanzar en el derecho a la verdad que tienen las víctimas, no solamente en delitos de índole sexual, sino también en la medida en la que las mujeres van a poder llegar a conocer la verdad, se va a reconocer la culpabilidad y en esa medida podríamos tener una justicia más efectiva.

Teniendo además de presente, que como lo menciona el artículo 7° en su numeral 1 en cuanto haya mérito para proferir una medida de aseguramiento, siempre será detención en establecimiento de reclusión, por lo que el procesado estará alejado la víctima, en aquellos casos en los que haya mérito para hacerlo, sin que sea válida otra medida alternativa y creemos que en esa medida el artículo puede ser fundamental, en la medida en la que el proyecto incorpore el enfoque de derechos de las víctimas, el enfoque de derechos de las mujeres y de género.

Respecto al artículo 12 en materia de principio de oportunidad, quisiéramos dejar sobre la mesa la importancia de que el abordaje de estos casos reconozca los estereotipos de género que aún están en nuestra sociedad y que hacen parte también muchas veces del sistema de justicia y que esto podría implicar una indebida imputación, una invisibilización de las violencias basadas en género y que pueda también ser una revictimización en la que se puedan enfrentar las mujeres en el acceso a la justicia, así también, las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas que podrían enfrentarse en situaciones particulares en estos tipos de casos.

Respecto a la reparación integral, consideramos fundamental que se pueda tener en cuenta que el impacto colectivo y la dimensión social de la violencia hace que la reparación, por ejemplo, y las garantías de no repetición dependan también del nivel de tolerancia social frente a las violencias que enfrentan las mujeres.

Para cerrar, esto ya sabemos que todavía es una deuda social histórica que tenemos como país y que en esa medida el proceso judicial debe develar las desigualdades estructurales que enfrentan las mujeres, los niños y las niñas.

Ya para terminar y plantear algunas recomendaciones de manera más sintética frente a lo que les hemos expresado, consideramos fundamental que el proyecto de ley incorpore los derechos de las víctimas de manera específica, los derechos de las mujeres y el enfoque de género que ya han sido una ganancia normativa en el país, que se pueda adoptar un control judicial material ampliado en los procesos en los delitos sexuales contra menores, permitiendo que los jueces efectivamente puedan entrar a la adecuación típica de la proporcionalidad de la pena, que tengamos directrices claras para la aplicación de la reforma, asegurando que fiscales y jueces comprendan los límites y los principios que deben guiar la aplicación de la ley y además que se pueda implementar un monitoreo y un seguimiento riguroso a la aplicación de la reforma.

Seguimos con un pendiente y pese a que está en la mayoría de las normas asociadas a las violencias contra las mujeres, la capacitación de todas las personas que hacen parte del sistema de justicia sigue siendo una tarea que nos ha quedado y nos sigue quedando pendiente y en esa medida consideramos fundamental que pueda ser parte del proyecto de ley que se presenta, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Gerson Chaverra Castro – Presidente de la Corte Suprema de Justicia:

Gracias Senador Ariel Ávila - Presidente de la Comisión Primera del Senado, también nuestro saludo y gratitud al Senador Carlos Fernando Motoa - Vicepresidente de la Comisión, a todos los Senadores y Senadoras miembros de esta Honorable Comisión, le damos las gracias en nombre de la Corte Suprema de Justicia por este importante ejercicio democrático frente a un proyecto de ley que fue concertado por el Ministerio de Justicia, la señora Fiscal General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia, concretamente la Sala de Casación Penal, también saludo cordial a todas las personas presentes, los que nos siguen a través de los medios virtuales.

Lo primero es indicar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se duele, se entristece grandemente con la violencia que históricamente a nivel del país nos toca percibir a través de los procesos penales que llegan a la Sala de Casación, bien sea por vía del recurso extraordinario de casación o también por razón del llamado mecanismo de la impugnación especial.

Es un dolor profundo que evidenciamos todos los miércoles que nos corresponde conocer de la cantidad de proyectos que llevamos a sala el 70% de los procesos está relacionado con delitos cuyas víctimas son niñas, niños y adolescentes, y su mayor incidencia son los delitos que afectan la libertad e integridad sexual de estos menores.

Eso es un dolor constante, lo que ocurrió el viernes nos llena de profunda tristeza, porque somos administradores de justicia, pero también somos padres de familia, pertenecemos a un conglomerado social y todo ese tipo de ataques contra la libertad, contra la dignidad sexual de los menores realmente ente nos afecta desde el punto de vista personal y nos afecta desde el punto de vista como administradores de justicia.

Sin duda que es un drama muy fuerte el que padece la sociedad colombiana, las causas pueden ser múltiples, pero nosotros las estamos enfrentando desde los procesos penales y ese conocimiento también lo padecen los fiscales, los jueces, los magistrados de tribunal.

Pero el tema está es que, frente a un problema tan grande y tan amplio, la respuesta de la administración de justicia no por culpa del aparato de justicia, ya voy a hacer una precisión de eso, se ha quedado absolutamente corta, porque la realidad que nos está mostrando este tipo de comportamientos cuando llegan a la última instancia que es la Corte Suprema de Justicia, han pasado entre 9, 10, 11 y hasta 12 años después de que se cometió el delito.

Eso tiene unas implicaciones muy profundas, porque esa demora además de la explicación que ofreció el profesor Yesid Reyes, ya una respuesta cuando se obtiene 9 o 10 años de ocurrido el delito, es una respuesta frente a la cual a la víctima ya no le representa nada ¿por qué? porque muchas veces tenía 3, 4, 5 años y ya en ese momento llega una respuesta punitiva cuando ya tiene 20 – 22.

Y segundo, al conglomerado social bajo el entendido de que la pena también debe cumplir un fin de prevención general, tampoco le va a representar nada, ya no se acuerdan del delito y es más, puede generar la sensación de injusticia una condena después de 12 años.

Pero también el tema está que en muchos casos, en muchos casos por la gran congestión delictual, por la gran congestión judicial ¿qué está ocurriendo? que cuando los procesos llegan al órgano de cierre están terminando o con prescripción o están terminando en absoluciones y las prescripciones como bien lo puede destacar la señora Fiscal, no solo van a ocurrir en sede de juicio, muchas veces incluso en la fase de instrucción y las absoluciones son de una proporción bastante notoria, porque estos procesos con una duración de 8, 9, 10 años, regularmente cuando el juicio se adelanta a los 7 años de ocurrido el hecho pasan múltiples factores, que implican que las víctimas ya no acuden a declarar, desaparecen, se esconden o llegan a la audiencia y se retractan por muchas razones, porque no quieren ser revictimizada, porque han reacomodado su vida, porque se tratan de menores de 3 años que ya tienen 11, 12 y ni siquiera ya se acuerdan del hecho y ese tipo de casos queda solo sustentado con pruebas de referencia y por mandato legal por virtud del principio que establece la Ley 906 de 2004, si solo todo está sustentado en prueba de referencia, no se puede emitir condena.

Además de las prescripciones está el tema que por la gran congestión judicial regularmente y lo evidenciamos en el caso del viernes las personas que incurren en este tipo de delitos se les priva de la libertad inicialmente y a los 6 meses, al año quedan en libertad, porque las audiencias no se pueden realizar adecuadamente, porque los jueces cada uno teniendo 500 - 700 carpetas o procesos, no pueden evacuarlas con la celeridad que corresponde y ese tipo de delincuencia termina en libertad provisional y ocurren situaciones como la que acaba de ocurrir el viernes, muy dolorosa, que por no haber tenido una afectación inmediata a través del sistema de justicia privándolo de la libertad con una sentencia, generó el hecho tan doloroso del día viernes.

El doctor Yesid planteaba un tema y esa es la esencia del proyecto, se ha determinado y diagnosticado que hay un problema práctico del sistema procesal penal y fue un sistema que en el año 2004 - 2005 que entró en vigencia, se concibió, porque que es de la esencia del sistema procesal penal la eficiencia y para lograr la eficiencia en el marco de un sistema de tendencia adversarial, tiene que potencializarse los mecanismos de terminación anticipada del proceso, concretamente en nuestro caso y frente a lo que yo voy a hablar, los allanamientos y los preacuerdos.

Colombia, Colombia y ningún país del mundo está en condición de llevar toda la incidencia delictual y eso es una realidad, probada desde el punto de vista estadístico, no tiene la capacidad de llevar toda la incidencia delictiva a través de un trámite de los trámites ordinario de los procesos penales y menos el caso colombiano, que por múltiples razones que no hay lugar a exponer en este escenario, está disparada la demanda de justicia en materia penal.

Mirábamos hace poco con la señora Fiscal, como la formulación de denuncia año tras año crece de manera exponencial y no tenemos un sistema desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista de la capacidad de personal, que pueda tener la capacidad de llevar toda la incidencia criminal a los procesos ordinarios, por eso la reforma al acto legislativo del año 2002, que involucra Colombia en un sistema de tendencia adversarial, es porque la esencia del sistema es buscar la eficiencia, es decir, que tenga una respuesta rápida, pronta y oportuna a través de una sentencia que no demore 7, 8, 9 y 10 años.

Y eso se logra cuando se robustece de manera adecuada los mecanismos de justicia premial, allanamientos y preacuerdos, y así nació, porque en este proyecto de ley así nació la Ley 906 de 2004, nació bajo la teleología de que vamos a procurar de que la mayor parte de los casos terminen por la vía anticipada y así arrancó en el año 2005 cuando la Ley 906 empezó una implementación progresiva, pero durante estos casi 20 años de vigencia del sistema vinieron muchas reformas, muchas reformas, 67 reformas que empezaron, como lo destacó el doctor Bernate, a quitarle operatividad a los mecanismos de justicia negociada.

Solo para citar algunas, vino la ley de infancia y adolescencia que estableció que cuando se trata de delitos contra niños, niñas y adolescentes relacionados con la libertad individual, con la libertad sexual, con el homicidio doloso, con las lesiones personales doloso, entre otras, no proceden ningún tipo de rebajas por allanamientos y preacuerdos, posteriormente vino la Ley 1126 de 2006 que dijo prohibición de beneficios, de allanamientos y preacuerdos para los delitos de secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y financiación del terrorismo.

Luego posteriormente vino el tema de la captura en flagrante que estableció que cuando se cuando una persona es capturada en flagrancia…

…Vino para los delitos cuando la persona es capturada en flagrancia se establece de que si se allanan solo tendrán derecho a una cuarta parte del beneficio, entonces eso también genera unos problemas porque quita la motivación de quererse acoger a los mecanismos de justicia premial y lleva a absurdos, lleva a absurdos porque hemos tenido casos donde 3 personas cometen un delito, un hurto y el menos ágil lo capturan en flagrancia y a ese no le permiten allanarse en las condiciones que por la rebaja van a tener derecho hasta el 50% lo sí capturados, es más, actualmente nosotros tenemos una situación que a través del procedimiento abreviado, que hay un grupo de delitos que van por la vía del procedimiento abreviado, en esos casos no existe la prohibición relacionada con el capturado en flagrancia.

Entonces estas realidades nos muestran que, definitivamente nosotros tenemos que buscar levantar esas limitaciones para que el sistema de justicia penal realmente adquiera los niveles de deficiencia necesario y se cumpla el cometido constitucional del Artículo 228 de la Carta, en el sentido de que las víctimas, los procesados tienen derecho a una justicia pronta y cumplida.

Y en virtud de eso se ha traído este proyecto de reforma, para procurar potencializar los mecanismos de justicia premial, bajo unas advertencias que son muy importantes tener en consideración y lo planteaba el doctor Yesid y es que es tratar de buscar un equilibrio, un balance entre la eficiencia del sistema y también la proporcionalidad de las penas frente a delitos que por su gravedad merecen tener penas condignas y ser severamente sancionados y eso se logra a través de la propuesta que traemos, porque frente a la gama de delitos que tienen que ver contra niños, niñas y adolescente, estamos planteando que sea posible allanarse y preacordar pero con una rebaja de la mitad de la mitad, es decir, el 25%.

Con eso cumplimos los 2 cometidos, incentivamos el mecanismo de terminación anticipada de los procesos y por otro lado, logramos de que frente a ese tipo de delitos se obtengan en un término de 3 - 4 meses o menos incluso, porque se pueden allanar desde la imputación una sentencia rápida, que cumpla los 2 cometidos de la pena, la prevención general y la prevención especial, porque como aquí ya se ha destacado lo que disuade al delincuente, históricamente se ha demostrado lo que disuade al delincuente no son las penas de 50, de 40, de 30 años abstractas, lo que a él lo anima en la ejecución delictual es tener la seguridad que es lo que realmente está ocurriendo, que esa pena por alta que sea no se le va a aplicar.

En cambio, si nosotros a través de un proceso penal abreviado, logramos la aplicación efectiva de una pena condigna a la gravedad del delito, seguro que el efecto va a ser más positivo para la comunidad, para la sociedad y para la víctima.

1. Porque esa efectividad de una pena impuesta en un plazo razonable si va a disuadir la comisión del delito.

2. Logramos el efecto de la prevención especial de sacar a ese delincuente que afectó la dignidad y la libertad de un menor de edad, del entorno social que muchas veces es la propia familia y no lo que está pasando ahora, que cometen ese tipo de delitos y a los 6 meses vuelven otra vez al entorno social para seguir cometiendo ese tipo de conductas tan repudiables.

Entonces con una sentencia sale de circulación, si me permiten la expresión, el delincuente, una sentencia rápida e inmediatamente se ve la efectividad de la justicia y de la sanción como un mensaje disuasivo, que realmente se constituya en forma de prevenir el delito.

Y segundo, la víctima va a encontrar respuesta inmediata a su deseo de verdad, de justicia y de reparación, porque una vez emitida esa sentencia en un plazo de 6 meses, máximo 1 año, ya inmediatamente se puede adelantar el incidente de reparación, se conoce la verdad y los efectos en temas de justicia material van a ser más efectivos, grandes, ciertos y concretos y no lo que estamos viendo en este momento prescripción en ese tipo de delitos, impunidad en ese tipo de delitos, la prueba después de 9 - 7 años se diluye, las propias víctimas ya no quieren volver a recordar ese hecho que muchas veces ya lo han superado o muchas veces se da la acomodación parental, desaparecen o llegan al juicio a retratarse.

Aquí les estamos hablando a partir de realidades conocidas en los expedientes, no es a partir de hipótesis abstractas, es el dolor que genera la gama de absoluciones diarias por este tipo de delitos por la demora en ese tipo de proceso.

Entonces es necesario que nosotros tengamos una conciencia de esta realidad y el problema no es del sistema de justicia, el problema es que tenemos una incidencia delictual alta, que hace necesario que tengamos un sistema que con eficacia utilice este tipo de mecanismo para ofrecer una respuesta rápida.

Y en el tema de proporcionalidad hicimos la cuenta que una rebaja del 25% genera realmente una sanción condigna de este tipo de delito y lo podemos hacer con un ejercicio matemático elemental, si en el delito de acceso carnal violento agravado la pena mínima es de 18 años y hay que tener en cuenta que cuando en la propuesta se dice hasta la mitad de la mitad, es decir, lo máximo es el 25% de rebaja, de manera que la mitad de 18 sería 9, como vamos a dar la mitad de la mitad, sería una rebaja si el juez decide dar el máximo, el máximo sería una rebaja de 4 y pico, pero el juez puede dar menos, porque la proposición hasta, quiere decir que a partir de los criterios que ha diseñado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, puede dar menos, a partir de la mayor o menor dificultad probatoria, a partir del aporte que él haga de verdad y puede ser una rebaja

de 3 años, que representaría una pena cierta de 15 años de prisión, en un caso como ese.

De manera que la rebaja es una rebaja mínima proporcional, pero que a la vez incentiva de que este tipo de procesos puedan terminar rápido, hicimos un trabajo también respecto del homicidio agravado, dando la mitad de la mitad y eso nos daría una pena de 35 años de prisión, pero una pena que ocurrido el hecho puede ser impuesta en 6, 4, 3 o hasta 2 meses, porque si la persona se allana en la audiencia de formulación de imputación, inmediatamente ya el proceso queda en estado de dictarse sentencia y en este tipo de mecanismo las apelaciones solo pueden ser relacionadas con la imposición de la pena, no puede el procesado entrar a discutir vía apelación la responsabilidad, solo lo relacionado con la graduación de la pena.

Entonces es un proyecto que en este aspecto genera en temas de justicia material, de restablecimiento de los derechos de las víctimas genera mucha efectividad y que es muy importante y aquí nosotros estamos cargando con el dolor, con la tristeza, con la desazón, con la frustración que nos genera apreciar a través de los procesos penales la cantidad de delitos que afectan a los niños, niñas y adolescentes.

Y entonces aquí nosotros es una respuesta a un problema tan grave de impunidad, de congestión judicial, de prescripción en este tipo de delitos, porque realmente no tenemos un sistema de justicia, ni ninguna parte del mundo lo tiene, que pueda adelantar toda la incidencia delictual por vía de los procedimientos ordinarios y es que no solo es la gama de delitos relacionados con los niños, niñas y adolescentes, sino que es todo el universo judicial que le corresponde a los fiscales adelantar la indagación, la investigación, la acusación y luego a nuestros jueces por cada delito en el marco de un trámite ordinario le corresponden realizar casi 7 – 8 audiencias, es la audiencia de acusación y su apelación, es la audiencia preparatoria y su apelación, es el juicio oral que puede demandar años la realización de un juicio oral donde se decreta abundante prueba testimonial, documental, pericial y un despacho judicial con 500 – 700, 800 procesos, porque el tema delictual por todas las causas que conocemos, sociales, económicas, de falta de oportunidades, es mayúsculo.

E igualmente a la Fiscalía General de la Nación, le corresponde a cada fiscal tener 1.000 denuncias para adelantar por todos los delitos que les corresponde tener en su conocimiento y precisamente bajo ese diagnóstico, cuando nosotros avanzamos a la reforma del acto legislativo para implementar en Colombia un sistema de tendencia adversarial, era bajo el entendido que tendríamos que tener un sistema que fuera eficiente frente a la demanda de justicia, esto no se soluciona y las respuestas judiciales no se solucionan con este tipo de prohibición.

No, la respuesta judicial es con mecanismos que evidentemente garanticen que los procesos terminen prontamente y esa es la teleología de este proyecto, que volvamos a la original Ley 1906 de 2004, tenemos cifras que en su momento las presentaremos ante las comisiones correspondientes, donde podemos demostrar cómo el hecho de que se haya sofocado el sistema penal acusatorio está generando unos cordones de impunidad supremamente altas y cómo a través de esta posibilidad podemos ofrecer como jueces de la república una respuesta real, efectiva y concreta a la demanda de justicia, especialmente para los delitos donde son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes.

Y ahí viene el cometido, además de levantar las prohibiciones para estos casos, se está permitiendo para todos los delitos, para todos los delitos que en la reforma durante 20 años se establecieron limitaciones, pero tenemos claro y así está plasmado en el proyecto y es que nosotros no estamos levantando jamás la prohibición de sustitutos penales para este tipo de delitos, mantenemos las prohibiciones de no conceder condena ejecución condicional, prisión domiciliaria, permiso administrativo de 72 horas a las personas que cometan libertad condicional ese tipo de delitos contra niños, niñas y adolescentes.

Igual frente a la posibilidad que se pueda adelantar allanamientos y preacuerdos frente a los delitos contenidos en el Artículo 26 de la Ley 1121, también se le levanta la limitación, pero se mantiene también y esa es la idea de que se mantenga la prohibición, que en delitos de terrorismo, conexos con el terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, se mantenga también la prohibición de no otorgarles prisión domiciliaria, libertad condicional y condena ejecución condicional, pero sí que hayan sentencias rápidas, que permita que el cometido de la pena en tanto fines de prevención especial y fines de prevención general se cumpla de manera cierta y efectiva.

Otro tema y es el tema de la indemnización integral, la justicia penal está colapsada, a partir de unos delitos que quedan focalizados en punto de la afectación al bien jurídico solo en aspectos de contenido patrimonial, entonces tenemos que la Fiscalía tiene una cantidad de procesos por estafas mínimas, por hurtos mínimos, por abusos de confianzas mínimos, por delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, entre otros, donde en lo que tiene que ver con los delitos contra el patrimonio económico, a la víctima de una estafa, a la víctima de un abuso de confianza, a la víctima de un daño en bien ajeno, a la víctima de un hurto, ahora hacemos la distinción, lo que necesitan es que aquel detrimento patrimonial que recibió, sea reparado.

A la víctima de ese tipo de delitos no le interesa un proceso de 9 y 10 años, para que al final se dicte una sentencia para enmarcar, porque regularmente en esos delitos contra el patrimonio económico de mínima cuantía se otorga condena de ejecución condicional y la víctima dice ¡ay! lo condenaron ¿pero mi plata? Entonces esta figura que como lo destacaron aquí en este foro está en la Ley 600 y se aplicaba de manera muy favorable, la jurisprudencia

de la Corte Suprema de Justicia en un momento determinado, ahora ya volvimos, dijo que por favorabilidad se aplicara los casos de 906.

¿Qué quiere la reforma? que para evitar los vaivenes quede en la Ley 906 la posibilidad de la figura de la indemnización integral como mecanismo de extinción de la acción penal, para todos los delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado con violencia sobre las personas ¿por qué? Porque ahí sí ya se involucra no solo el bien jurídico del patrimonio económico, sino también el de la vida o el de la integridad personal, entonces en esos casos no lo sometemos, porque hay un mayor desvalor tanto de acción como de resultado, no lo sometemos a la figura de la indemnización integral, en todos los demás sí, excepto en el hurto calificado con violencia sobre las personas y la extorsión, porque la también afecta el bien jurídico de la autonomía individual.

Entonces en los demás casos que la víctima diga me estafaron en 3 millones de pesos y me dan 4 millones de pesos, yo me siento indemnizada integralmente y terminó y en aquellos casos en que el procesado quiera, porque esos son temas que ha analizado la jurisprudencia, quiera indemnizar, pero la víctima se le dispara exageradamente con un monto, el juez designa un perito y logramos que por y consignan y por vía una causal de extinción de la acción penal.

En el homicidio culposo y las lesiones personales culposas ¿por qué? porque ahí la muerte de la persona, como todos lo sabemos, no es bajo intencionalidad, sino por un acto imprudente, negligente, por falta de pericia, por violación de reglamento, pero dejamos a salvo 2 aspectos que consideramos que sí le da un carácter de gravedad a la conducta y lo que queremos también es desestimular la conducción de vehículos con bebidas embriagantes o bajo el consumo de sustancias estupefacientes y también el tema de la insensibilidad que es abandonar injustificadamente el lugar de los hechos, entre otros.

En esos casos, excepto cuando concurran esas causales, también que sea posible la indemnización integral, porque hemos visto caso desde la jurisprudencia donde el procesado y la víctima llegan un memorial y dicen esto no fue doloso, nos pusimos de acuerdo, ya nadie me va a devolver mi familiar, pero aquí no hubo intencionalidad, hemos llegado a un acuerdo indemnizatorio de tanto y no se puede, entonces en esos casos como viene funcionando bajo el rito de la Ley 600, permitir de que la figura de la indemnización integral de lugar, de lugar a la extinción de la acción penal.

Ustedes no se alcanzan a imaginar y se lo puede decir la señora Fiscal, que con esta figura la cantidad de procesos a nivel de la Fiscalía General de la Nación que están en indagación, que pueden terminar a través de esta figura frente a delitos contra el patrimonio económico o también aquellos que admiten desistimiento, que también lo trae la figura, que puedan salir por razón de la extinción de la acción penal, entonces la injuria, la calumnia, que pueda haber una indemnización en ese sentido, es una gama de delitos amplio, porque está concebida para los delitos que admiten desistimiento, que es una gama de más de 60 delitos, para los delitos de homicidio culposo, lesiones personales culposas, cuando no concurran las 2 causales y para todos los delitos contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado, violencia contra las personas y la extorsión y los derechos patrimoniales de autor, que pueden ser los morales o los patrimoniales también lo permite.

Esto generaría un efecto muy positivo en tema de congestión judicial, en temas de impunidad, porque todos estos tipos de procesos por vía de las acciones de tutela, hemos tenido que dar amparos porque son procesos que se formularon las denuncias doctor Corredor, hace 5 o 7 años y por la gran congestión no se adelantado el primer acto de investigación y nos toca a través de acciones de tutela dar órdenes ¿por qué? Porque si estos procesos permitieran la extinción vía indemnización integral cuando están concretados en este tipo de delitos, el avance en temas de justicia, porque si la víctima se siente indemnizada ahí está la materialización de la justicia.

Entonces ya en el tema de la captura en flagrancia, sí pues con todo, esto es un absurdo que a la persona que no tuvo la agilidad de volarse y los otros compañeros si la tuvieron, a ellos se les dé el 12.5%, es decir, la cuarta parte del 50 ¿por qué? Porque lo capturaron en flagrancia, no encontramos ninguna razón desde el punto de vista de la lógica, de la proporcionalidad, de política criminal para que se haga ese tipo de distinción, por el contrario, el que es capturado en flagrancia ya está la evidencia probatoria de la flagrancia y es un proceso más rápido y entonces llega esa persona y dice me quiero allanar, no, pero le vamos a dar solo la cuarta parte del beneficio, eso lo desestimula y no se allana ¿y qué termina pasando con ese proceso? le imputaron, regularmente es un delito que lo dejan en libertad y pasa a integrarlos anaqueles de los juzgados para cuando haya la oportunidad ¿en qué terminan? ya la víctima del delito 5 - 7 años después dice yo ya ni me acuerdo ese hurto y no me pongan a perder tiempo, yo no voy, queda eso solo con prueba de referencia y tuvimos aquí la oportunidad en ese caso de un capturado en flagrancia, la mayor dificultad probatoria es el que no fue capturado en flagrancia, pero a este que está ahí no hay razón de ser para no permitirle el estímulo de hasta el 50% de su rebaja.

Y finalmente, para cerrar desde el punto de vista del contenido de la reforma, hay 2 temas que consideramos importantes y por eso se traen ahí, el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Penal por mandato de la Ley 906 le corresponde el ejercicio de la función de control de garantía de los aforados constitucionales, cuyo juzgamiento le corresponde a la Corte en la Sala Especial de Juzgamiento, en primera instancia y la Sala de Casación Penal, en segunda instancia, por virtud de una sentencia de la Corte Constitucional donde los demandantes

consideraron que en ese tipo de casos la función de control de garantías no tenía segunda instancia, como la tiene para todos los demás que no son aforados, ello representaba una violación al derecho fundamental a la igualdad.

La Corte consideró que en efecto había una omisión legislativa relativa en ese aspecto y por tanto, declaró la inexequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que las apelaciones del Tribunal Superior de Bogotá que actúa de manera unipersonal en ese tipo de casos, se surtirían ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mientras el legislador no regulara otra manera de hacer efectiva de la garantía de la segunda instancia para las decisiones adoptadas en sede de la función de control de garantías.

En el análisis que hizo la Sala de Casación Penal, se advierte de que esa competencia que nos asignó la Corte Constitucional, es una competencia que genera desde el punto de vista de su desarrollo muchas dificultades, una de ellas es, la Corte como tribunal de casación haciendo el ejercicio de la función de control de garantía, pero eso vaya y venga, pero la dificultad grande es que siempre un magistrado va a quedar impedido en ese caso para conocer ese caso en juicio, porque quien hace la función de control de garantía no puede ser juez de conocimiento y no resulta adecuado para ese tipo de juzgamientos, que el máximo tribunal de la justicia ordinaria en materia penal no esté compuesto para todos los casos por todos sus miembros para el ejercicio de su función.

Es más, si no nos organizamos internamente como lo hablamos en sala, va generar que cada vez que ese expediente suba en segunda instancia y vino por una medida, después vino por una búsqueda selectiva en base de datos, etcétera y lo conozca cada uno de los magistrados, puede generar un impedimento para toda la sala en el juicio y eso realmente nos llevaría a que ese tipo de conductas o de juzgamientos termine siempre realizado por los conjueces y eso no es lo adecuado en un sistema de justicia.

Entonces aprovechando que la misma Corte Constitucional estableció que mientras, como la declara inconstitucional por la omisión, estableció que mientras el legislador no fije la competencia en otra parte conoceremos nosotros, entonces se está trayendo la propuesta de que la segunda instancia la haga una sala de decisión del propio Tribunal, ahí doctor Hermens ¿por qué? Porque como se hace por vía de un solo magistrado, unipersonal, la decisión en primera del ejercicio de control de garantía, para garantizar una un mayor acierto y mantener como el efecto de que la revisión funcionalmente la haga un funcionario distinto, que de pronto tenga un nivel llamémoslo así de funcionalidad superior.

Dijimos dársela a un par puede ser cuestionable, pero si ya es una sala de decisión podemos decir que ella si funcionalmente puede ubicarse por encima de un solo magistrado que ejerció la función de control de garantía ¿con ello qué hacemos? preservamos la garantía de la doble instancia para esos casos, como lo consideró la Corte y segundo, evitamos que pase a la Sala de Casación Penal el ejercicio de la función de control de garantía, que entre otras dinámicas tiene el hecho de controlar muchas actuaciones de la Fiscalía General de la Nación cuando involucren derechos fundamentales y no podemos nosotros dar una opinión anticipada como jueces de garantías, para luego participar como jueces de conocimiento.

Entonces preservamos la garantía del juez imparcial para el juicio y que la función de control de garantía también tenga su segunda instancia, como lo determinó la Corte Constitucional en su momento.

Grosso modo frente al tema, porque nos dividimos las exposiciones, llego ahí frente a estas 3 aristas relacionadas con el proyecto de ley, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Luz Adriana Camargo Garzón – Fiscal General de la Nación:

Muchas gracias Presidente, muchas gracias al Presidente y al Vicepresidente de la Comisión Primera del Senado por este espacio y a todos los que hoy nos acompañan tanto acá presentes, como quienes estuvieron siguiendo esta discusión, a los Senadores.

Yo quiero empezar tal vez mencionando que este escenario se parece mucho a la forma en que fue construido este proyecto que, aunque tiene solo 13 artículos, ha tenido un fuerte debate y una fuerte integración de quienes hacemos parte de la justicia.

Y quiero llamar la atención especialmente de cómo, lo cual me tiene profundamente satisfecha, aquí existe casi que un acuerdo entre Fiscalía, Judicatura, organizaciones que representan a la judicatura, organizaciones que representan a los defensores, a la academia, en lo que corresponde a la esencia de este proyecto.

Por supuesto el proyecto tiene normas complejas, normas que generan malestar, que generan en la sociedad una serie de preocupación y de sazón, por lo que se considera el otorgamiento de unas rebajas que van a beneficiar a los delincuentes más repudiables de nuestra sociedad, en aquellos delitos que consideramos mucho más graves y que como lo explicó el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, con el paso del tiempo han venido significando estas reformas legales, donde se ha recortado la posibilidad de acudir a los mecanismos prémiales, que como se ha insistido aquí no solo por parte de nosotros, sino por parte de muchos de los intervinientes, son de la esencia del sistema acusatorio que nosotros tenemos.

Un sistema que yo quiero recordar que llegó con una promesa y era la promesa de la rapidez y la promesa de la eficiencia, casualmente yo estuve en el año 2004 en la Comisión donde se, en la precomisión donde se discutió en la Fiscalía este proyecto y ese era su gran aporte, su gran aporte era que tuviéramos un proceso donde se rodeara el procesado de plenas garantías y su responsabilidad se discutiera en un

juicio público, concentrado, rápido y todo esto hoy son promesas incumplidas, hoy 20 años después.

La Ley 906 de 2004 empezó a aplicarse gradualmente en el año 2005 y yo quiero decir que nos ha costado mucho, a Colombia como sociedad, a los fiscales y a los jueces nos ha costado mucho entender que nadie pierde cuando hay una negociación, nadie pierde, nadie pierde cuando hay una sentencia preacuerdo y nadie pierde cuando hay una rebaja de pena, si estos elementos se acompañan de racionalidad, si las rebajas son frente a la gravedad de la conducta proporcionales.

Y yo también quiero llamar la atención que la posibilidad que trae el proyecto de ley para hacer preacuerdos, para allanarse a cargos, para hacer negociaciones en delitos que hoy día tienen prohibición, no son una obligación, son una alternativa, no en todos los casos en que se pueden hacer preacuerdos la Fiscalía impulsa preacuerdos, ni con todos los procesados o todos los integrantes de una red criminal se impulsan preacuerdos, esto se hace de una manera estratégica, esto se hace pensando en qué le sirve, incluso qué le sirve a las víctimas, qué le sirve a la sociedad.

Nosotros no estamos en general frente a una delincuencia aislada, ocasional, no, y yo creo que ese es un elemento que aquí hay que tener presente, nosotros sobre todo estamos enfrentados a una delincuencia muy compleja, a una delincuencia de redes, de redes criminales, no de organizaciones piramidales, eso ya no existe, hace mucho tiempo no existe, tenemos muchas redes que se conectan ,que trabajan para cometer una serie de delitos y cuando nosotros estamos investigando tenemos personas que tienen mucha más responsabilidad y otras que tienen menos o que son simples integrantes de abajo, que pueden tener información que nos puede llevar a desarticular redes criminales.

Pero sucede que esto es más importante en aquellos delitos que son más graves, sucede que es más importante desarticular hoy día por ejemplo una red de extorsionistas, que es un delito que nos tiene agobiados, es más importante desarticular esa red que cualquier otra o una red de financiación del terrorismo o una red de atentados terroristas, de terroristas, eso es muy importante y las prohibiciones nos impiden, las prohibiciones hoy existentes nos impiden adelantar esos preacuerdos, no para los cabecillas, no para los financiadores, no para los hombres de atrás probablemente, no, no, no, lo queremos hacer con esos actores que tal vez son los que nos pueden dar información importante y que pueden salir con un principio de oportunidad o con una pena preacordada o con los 2.

Porque realmente el proyecto también se trata de eso, se trata de entender que los mecanismos prémiales funcionan de manera conjunta, que no hay que optar por uno de ellos, que no toca siempre hacer un principio de oportunidad con inmunidad total, ni que toca siempre hacer una sentencia preacordada, que las 2 cosas funcionan sincrónicamente y que podemos de esa manera ayudar de una manera mucho más efectiva a esa desarticulación de organizaciones criminales, que es a lo que nosotros le estamos apuntando.

¿Nosotros con qué nos encontramos? ¿yo con qué me encontré cuando llegué a la Fiscalía? y lo preveíamos desde antes, cuando estaba yo en el proceso de aspirar a este cargo, tenemos una gran congestión judicial y yo también quiero llamar la atención ahí, porque nosotros estamos hablando de unas cifras de impunidad altísimas, nosotros decimos que se dice que unas cifras que se seguramente hay que revisar, con unos criterios que hay que definir y revisar, pero se dice así a groso modo que a juicio llega si acaso el 5% de la delincuencia real que tenemos en el país y ese 5% tiene colapsados a los jueces y nosotros lo que necesitamos es repensarnos muy bien cuál es el sistema de justicia que tenemos y como lo decía el doctor Yesid Reyes ¿cómo equilibramos? ¿cómo equilibramos el problema de eficiencia con el problema de justicia vista desde el punto de vista retributivo?

Que también, dicho sea de paso, no es el único fin del derecho penal, no es solo la retribución la que anima la imposición de una pena, claro, como alguien lo dijo acá, la pena es retribución, sí claro, la pena es retribución, pero la pena también es resocialización, la pena también es reparación. la pena también y sobre todo también, es un intento por reconstruir el tejido social, como alguien también aquí muy acertadamente lo dijo y a eso estamos apuntando nosotros.

Nosotros no queremos darle más de lo que corresponde a nadie, nosotros no queremos hacer un sistema donde se esté beneficiando a los peores delincuentes con rebajas excesivas, no, de hecho las rebajas que se han planteado para los delitos graves son rebajas bastante moderadas y como lo mencionaba el Presidente, cuando hacemos el ejercicio de cómo funcionan estas rebajas, las máximas rebajas sobre los mínimos de pena, tenemos penas muy elevadas, porque el sistema nuestro tiene penas muy altas, entonces tampoco estamos hablando de unas penas y la Comisión Primera lo va a ver en un ejercicio que hemos hecho puntual delito por delito, en estos casos de cómo queda esa pena mínima si se dijera que se va a aplicar una pena mínima con esa rebaja máxima, hasta donde podría llegar el juez.

Nuestros jueces son ponderados, además, nuestros jueces no tendrían por qué estar aplicando siempre la rebaja máxima, si las condiciones en el ejercicio de hacer la adecuación punitiva no lo recomiendan o no lo permiten, porque la pena no se impone de manera arbitraria, el juez no llega a la pena de una manera de una forma tal que sea su voluntad lo que lo que funcione, la pena en realidad es un ejercicio reglado por la ley procesal penal, que indica cuáles son los pasos para imponerla.

En lo que tiene que ver con el principio de oportunidad, que es el tema al que no se refirió el Magistrado Chaverra, quien además gracias a su

exposición me ha dejado más bien poco material, una exposición dicho sea de paso, que en realidad apunta a los a los temas centrales que nosotros tenemos, que no son ajenos a lo a lo que vive la sociedad todos los días, despachos congestionados, despachos congestionados solo con ese poco de procesos que llegan a juicio, problemas sociales muy graves que se generan a partir de esta gran congestión.

Y que yo antes de hablar del principio de oportunidad, quiero ilustrarles a ustedes con unos pequeños ejemplos que nosotros recogimos en este ejercicio de construir cómo explicar por qué creemos que las rebajas de pena vía preacuerdos o vía allanamientos, que son en realidad la esencia de este proyecto, son tan necesarias para el sistema.

Miren ustedes por ejemplo este caso, yo voy a citar 2 casos. En junio 2024 la Corte Suprema de Justicia resolvió el caso de una agresión sexual a una niña de 7 años, que tuvo lugar en el año 2007, las audiencias de imputación de cargo y acusación se llevaron a cabo 10 años después, en febrero y octubre de 2017, corriéndole a la prescripción, la audiencia preparatoria se realizó en julio 2018, el juicio oral que llevó varias sesiones se adelantó entre septiembre 2018 y diciembre 2019 y este caso fue rápido, la sentencia de primera instancia se emitió en febrero de 2020, se impuso una pena de 18 años de prisión, la decisión de segunda instancia se emitió ese mismo año, en noviembre 2020, se interpuso recurso extraordinario de casación y la casación se resolvió en el año 2024.

Entonces yo quiero llamar la atención, estamos hablando de una niña que tenía 7 años en el 2007 y la sentencia, al menos la de segunda instancia, que es la que cierra el tema de prescripción, fue en 2020, esta niña del 2007 al 17 era una niña que creció, que creció con este proceso, que se creció viviendo este proceso, con lo que también se mencionaba acá, la revictimización, una niña que seguramente tiene que ir a sesiones de un juicio, a recordar lo que ya no quiere recordar, para que tantos años después se dicte una sentencia condenatoria.

Este es un caso que se presenta muchísimo, en este caso hubo condena, pero hay otros casos en los que hay absolución, tras mucho trasegar con estos procesos.

¿Qué es lo que nosotros creemos? y ya lo dijo el doctor Chaverra y no voy a insistir en eso, que a veces es mejor un acuerdo pronto, porque lo que necesitamos es cómo equilibramos el tema de justicia eficiente, entonces en esos casos, en esos casos que son tan dolorosos y frente a los cuales no somos insensibles, porque nosotros sabemos el dolor que hay en la sociedad y en los padres de un menor de edad, niña, niño o adolescente, que es víctima de un delito contra su integridad, su formación y su desarrollo sexual, claro que somos solidarios con eso ¿cómo no lo vamos a hacer? lo entendemos perfectamente.

Pero esas rebajas de pena vía allanamiento son rebajas muy útiles, muy útiles para una condena rápida, para una reparación, son además decisiones que pueden ayudar a otro fin que tenemos con la pena y con el ejercicio del derecho penal, que es el de la verdad y que es el que más reclaman las víctimas, este proyecto no es un proyecto que no piense en las víctimas, es un proyecto que está construido sobre las necesidades reales de las víctimas de cara a una justicia que funciona de manera tan lenta.

Dicho lo anterior ¿qué es lo que proponemos en materia de principio de oportunidad? y algunas cosas ya se han dicho aquí y quisiera responder otras, hicimos un ejercicio de revisar las 18 causales que traía el artículo original de principio de oportunidad del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004, ese artículo original está construido o fue construido de una manera muy detallada y casuística y yo también quiero recordar cómo cuando se discutió la introducción del sistema penal acusatorio en Colombia, el principio de oportunidad era una de sus mayores preocupaciones, porque entonces decíamos no la Fiscalía va a renunciar al ejercicio de la acción penal, todo se va a ir por principio de oportunidad ¿quién nos garantiza que la Fiscalía no termine todos los casos a través de la renuncia a ejercer la acción penal a través de estas causales?

Y se trajo una lista muy exhaustiva de lo que podría tramitarse por principio de oportunidad, con una característica y es que muchas de las causales aquí incluidas son causales que también están incluidas como una forma de preclusión de la investigación, que también es una norma que traemos aquí.

Lo que quisimos en esta ocasión para proponerle al Congreso, fue repensar y reagrupar esas 18 causales, vistas desde la finalidad que las inspira y no tanto desde su descripción tan detallada, entonces dijimos en el numeral primero justicia restaurativa ¿qué queremos? este numeral lo estamos enfocando en la reparación efectiva del daño causado con el delito, la causal busca acciones de reparación y reintegración a favor de las víctimas y aquí y quiero llamar la atención en esto, a los ofensores y la comunidad a través de la práctica de métodos alternativos de resolución de conflictos, que solucionen el problema que están enfrentando esas personas, esta causal aplica para los delitos querellables, cuya pena no exceda de 5 años de prisión. Esta es tal vez la causal más sencilla.

En el numeral 2, en el numeral 2 incluimos las causales que tienen que ver con la intervención mínima del derecho penal y esto es tremendamente importante, lo mencionó tal vez el doctor Bernate, lo mencionaron varios de los participantes y es ¿qué tipo de derecho penal nosotros queremos tener? ¿nosotros de verdad queremos tener un derecho penal que regule todas las relaciones? en realidad el derecho penal también se mencionó acá, llega tarde, pero llega tarde porque esa es su esencia, el derecho penal no es preventivo, el derecho penal llega cuando el delito se cometió y llega para lograr que se imponga una pena, que esa pena sea efectiva, que esa pena restituya el derecho de la víctima, que

esa pena recupere lo que sucedió ahí en esa situación conflictiva.

Entonces en esta causal estamos agrupando lo que antes eran las causales 6, 9, 10, 11 y 13 del original 324 ¿para qué? se agrupan en el proyecto bajo el concepto de intervención mínima del derecho penal, que básicamente responde a la necesidad de que este se aplique de forma mesurada, sin excesos que sobrecargan a la rama judicial y que en buena parte son lo que nos tiene en la situación de crisis que hoy vivimos.

Este numeral contribuye a racionalizar el poder punitivo del estado, autorizando aplicar el principio de oportunidad bajo condiciones razonables por el daño mínimo ocasionado con el delito o cuando el autor ya ha recibido un castigo razonable frente a la conducta, por ejemplo, esta causal podría aplicarse en los llamados delitos de bagatela, entendiendo que no todo es bagatela ¿no? entendiendo que la bagatela está marcada por los intereses de la víctima, por el daño causado a la víctima, pero aquí podrían entrar los hurtos de ínfima cuantía o las estafas de mínima cuantía, lo que la norma vigente ya autoriza en la causal 10, también para los casos de infracciones de menores donde el acusado fue castigado por la justicia disciplinaria o por la justicia de otros países, aquí incluimos esta, de cuando ya ha tenido un castigo digno en otro país vía extradición, por ejemplo, lo cual hace necesario una nueva investigación, una nueva acusación, un nuevo juicio y permite más bien que esta persona se reincorpore.

Así también se agrupa aquí la causal relativa de delitos de lesiones imprudentes, que ya lo mencionaba, que también está previsto en preacuerdos, que afectan solo a la familia cercana al autor, esta parte es muy importante, cuando el delito cometido le infringe tanto dolor a su autor que ya con eso basta, el padre de familia que conduciendo a velocidad extrema choca y se mueren sus hijos ¿será que ese señor requiere de verdad una pena? eso no y ahí es donde creemos que el derecho penal se tiene que pensar muy seriamente ¿en qué interviene? ¿para qué está? y está definitivamente para lo más grave, para eso donde es necesaria la intervención penal.

En el numeral 3 agrupamos las causales que tienen que ver con el escaso valor de la intervención del derecho penal, entonces aquí la inclusión, se incluyen la 12 y la 14 vigentes, que responden a la necesidad de evitar que la acción penal se convierta en un mecanismo ineficaz y costoso, que no le genera beneficios al estado y que tampoco le genera beneficios a la sociedad, ni a las víctimas, esta medida permite reconocer que no todo conflicto requiere ser resuelto por el sistema judicial.

Y yo aquí quiero retomar algo que alguien dijo y es cierto, el derecho penal no está para resolver todos los problemas, resuelve bien pocos, no es la mejor medida, nos toca acudir al derecho penal cuando precisamente se nos escapan de las manos otras soluciones, para eso está el derecho penal y eso no deberíamos perderlo nunca de vista.

En el numeral 4, que tal vez es se refirió el doctor Yesid a él, que tiene que ver con la desarticulación criminal, este tal vez es el numeral, aquí se recogen las causales 4 y 5 actual, esta es la esencia de lo que en otros países se conoce como mecanismos prémiales, nosotros tenemos una gama mucho más prolífica, tenemos muchas más causales, en este caso estamos hablando aquí de los procesos puros y duros de colaboración con la justicia, esas negociaciones que adelantamos con personas que están siendo procesadas, que cometieron un delito y que nos van a dar información de la organización a la que pertenecen, que nos van a dar información como lo decía el doctor Yesid, para que deje de cometerse un delito o que nos van a dar información sobre otras organizaciones criminales que conocen, que nos van a servir de testigos en juicio para que este ejercicio de delación se haga efectivo.

¿Y aquí por qué no se utiliza la misma metodología? esto como explicación, porque nosotros creemos que precisamente ese encasillamiento tiene un problema, un problema y es que hoy día se han identificado esos 3 objetivos de la delación, pero las redes criminales son cada vez más complejas, por ejemplo, un objetivo de la delación podría ser que el que aporta información nos diga no a las personas que hacen parte de la red, sino a las que conforman su aparato financiador o su aparato de lavado de activos, que quedaría por fuera de, lo que queremos es un marco que permita que esto lo hagan los operadores, los operadores de justicia.

Con una claridad también y una tranquilidad, este sistema es un sistema de controles, básicamente de controles, Fiscalía no puede hacerlo sola, Fiscalía negocia, acuerda y una vez tiene listo el acuerdo tiene que someterlo, tiene que someterlo a la consideración de un juez de la república, como igual pasa con el preacuerdo y eso nosotros no solo no lo eliminamos, sino que lo aplaudimos como Fiscalía, porque nosotros creemos que esos controles son necesarios, esos controles le dan certeza al ciudadano de que no estamos haciendo uso abusivo e indiscriminado de estas facultades que tenemos a la hora, por ejemplo, de renunciar al ejercicio de la acción penal. Entonces por eso tenemos estas diferencias.

Y aquí se introduce una modificación muy muy importante, muy trascendente, que tiene que ver de la forma en que vamos a operar en aquellos casos en que el delator va a ser testigo, hoy día tenemos un problema muy serio y es que ese delator testigo termina vinculado a un principio de oportunidad no concluido hasta que no declara en el último proceso, en el que dijo tener información y eso tiene 2 problemas que nosotros visualizábamos, uno tiene que ver con el tema de la verdad, la verdad no se puede dilatar tanto en el tiempo y esa verdad termina siendo muy relativa y esa verdad termina siendo muy flexible, porque no sabemos si esta persona que declara 10 años después en realidad, en realidad todavía recuerda aquello si se incluyó,

si sí se incluyó en esa matriz de colaboración esos últimos aportes que hace, en fin.

Lo que nosotros queremos al proponer que esto sea, que este testimonio se rinda a través de una prueba anticipada, es que tengamos un relato claro, completo y fidedigno de todos los partícipes o las personas que el colaborador está delatando, con sus roles, con la información que él posee en un solo acto y no en tantas declaraciones como juicios se hacen, nosotros queremos y este es un compromiso de Fiscalía, que los juicios sean más estructurales, que tengamos muchos menos juicios con un solo imputado, que tengamos juicios donde en verdad podamos llevar ante los jueces a estructuras criminales y yo no quiero hablar aquí de máximos responsables, porque esto no se limita a máximos responsables, se limita a o se extiende a actores importantes. Entonces esta es tal vez una de las causales que tiene mayor modificación.

En el numeral 5, en el 5 hemos agrupado, 4 y 5 eran las pasadas en el 6, las razones de interés supremo nacional y esto se refiere al actual numeral 8, hay casos en que adelantar la acción penal pone en riesgo la seguridad de la nación y se deja esta causal, se deja tal cual como está prevista.

El 7 habla y este es importante, este 7 incluye un tema que tal vez no está, que es permitir que se aplique el principio de oportunidad, que se interrumpa el ejercicio de la acción penal, perdóneme no, las negociaciones, esta tiene que ver con el Artículo 9, sí, tiene que ver con las negociaciones, las negociaciones suelen extenderse en el tiempo, lo que queremos en este caso del numeral 7 es que podamos interrumpir el ejercicio de la acción penal mientras hacemos la negociación.

Esta causal está íntimamente ligada con una reforma que proponemos, que es la de que se suspenda la prescripción de la acción penal en tanto adelantamos la negociaciones propias del principio de oportunidad, muchas veces sucede que hay delitos que tienen penas muy pequeñas, por ejemplo, el concierto para delinquir no agravado, es un delito que tiene una pena muy pequeña, entonces es posible que mientras llegamos a un acuerdo, mientras lo concretamos, mientras tenemos el control judicial, ese tipo de conductas o las falsedades, las falsedades en documento privado, terminen prescritas en el entretanto que estamos adelantando una negociación, entonces buscamos esta interrupción de la mano de la suspensión del término prescriptivo.

Esas son básicamente las modificaciones que le hemos hecho al principio de oportunidad, con la idea de volverlo mucho más efectivo, de no encasillar tanto a los fiscales en su aplicación, de no enredarlos tanto con esa descripción tan detallada que traía la norma original.

Y creemos definitivamente que el sistema de controles nos permite, que el sistema de controles actuales y que permanece, nos permite hacer un ejercicio razonable y ponderado como rama judicial entre las labores de Fiscalía y las que desarrollan los jueces de la república.

Yo creo que básicamente en esencia esto en lo que tiene que ver con principio de oportunidad, es lo que estamos proponiendo, yo quiero solo finalizar diciendo que hay unas legítimas aspiraciones, por ejemplo, el tema de corrupción, el tema del tratamiento de las víctimas, de los enfoques de género, de los enfoques diferenciales, lo que yo quisiera mencionar es que este proyecto está previsto para solucionar un problema, que es el problema de la eficacia del proceso penal, este proyecto de ley no es un proyecto que sea la reforma a la justicia, como lo dijo tal vez el doctor Mauricio Pava, lo que nosotros nos hemos pensado es que definitivamente podemos hacer reformas puntuales, que permitan una discusión focalizada frente a temas de interés nacional y no una gran reforma que sea muy difícil de gestionar.

Por eso este proyecto es un proyecto que se ha dicho es un proyecto muy corto, sí, es un proyecto de 13 artículos, 13 artículos que creemos que tienen gran profundidad para dinamizar lo que son mecanismos prémiales, justicia restaurativa, mecanismos de terminación anticipada de proceso, eso es lo que nosotros queremos con este proyecto y yo les agradezco a todos sus aportes, ese ejercicio que nos hemos propuesto con el Presidente de la Corte de escuchar, porque creemos que en la construcción hay muchas cosas por escuchar, seguramente tendremos luego la ocasión para mirar el tema de corrupción, probablemente no se requiera un proyecto de ley, habría que pensarlo, habría que mirar el tema de los enfoques diferenciales, que probablemente sí requiera un proyecto de ley, en fin.

Lo que quiero significar para concluir, es que este en particular tiene que ver con esto que nos está ahogando en el sistema judicial todos los días y que no nos permite tener audiencias como las queríamos, concentradas en primer lugar, concentradas, rápidas, eso no nos lo está permitiendo y eso es indispensable para que no sucedan casos como el que mencionaba el Presidente y que nos duele mucho el caso del viernes, donde yo quisiera agregar que la persona que recién capturada en otro episodio de agresión sexual salió en libertad por vencimiento de términos, básicamente porque el juez en un ejercicio que yo considero muy ponderado y sensato, pidió que la audiencia en 2018 fuera presencial, porque los hechos eran muy graves y el INPEC que está desbordado no pudo hacerlos traslados de ese interno para que asistiera a la audiencia, que no se podía llevar a cabo sin su presencia.

Entonces yo quiero llamar la atención ahí porque seguramente hoy se estará diciendo que ese juez es un corrupto y no es cierto, o que ese juez fue un moroso y tampoco es cierto, ese juez quiso hacer las cosas bien y probablemente si esa audiencia la hubiéramos podido hacer con un sistema de justicia menos congestionado, se hubiera podido hacer no una audiencia por año, sino de manera concentrada y probablemente así él no se hubiese allanado a

cargas en ese momento, hubiéramos podido tener una sentencia más rápida, que hoy no la tenemos tampoco, ni en el primero, ni en el segundo caso.

Y para finalizar, ahora sí finalizar, también yo quiero llamar la atención de otra cosa este caso se ha mencionado mucho y con sobrada razón, porque es un caso muy doloroso, pero lo que no se ha mencionado es el trabajo que realizó acá la Policía Judicial de la Policía Nacional, para encontrar evidencias muy sólidas que permitieron dar con esta persona en escasos días, en escasos días, esa niña se perdió en una cámara y en cuestión de 15 - 20 días la Policía Nacional, la Policía Judicial de la Policía Nacional que trabaja de la mano de la Fiscalía, dio con el presunto responsable ,que ya aceptó cargos, aquí sí ya aceptó cargos, ya se allano a cargos.

Ese dato es muy importante, porque estamos trasladando la responsabilidad de unos temas que nos afectan como sociedad y que son muy preocupantes a la justicia, estamos creyendo que el problema es que a esos responsables de conductas tan delicadas se les deja en libertad y la responsabilidad es qué estamos haciendo desde otras perspectivas, las que mencionaba la doctora Marcela, para afrontar este problema de salud mental que definitivamente tenemos, pero que también tiene que ver con culturas, con la cultura patriarcal, que tiene que ver con otras cosas que a nosotros nos retan como sociedad y que tenemos que abordar en algún momento, no es solo poniendo penas de 60 años o volviendo al debate de la cadena perpetua, que vamos a solucionar esto y si poniendo penas altas llevamos tanto tiempo y no nos ha funcionado, nosotros sí creemos y creemos de manera concertada con la Corte Suprema y creemos de manera concertada con el Ministerio de Justicia, que nos tenemos que reinventar acá y tenemos que pensar en otras cosas y ese es el sentido del proyecto que proponemos, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Diego Eugenio Corredor Beltrán – Presidente de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Gracias señor Presidente de la Comisión Primera del Senado de la República - doctor Ariel Ávila, al señor Vicepresidente - Carlos Fernando Motoa, a todos los Senadores y Senadoras que nos están acompañando presencial como virtualmente.

Para la Sala de Casación Penal es muy grato contar con esta audiencia, haber estado en esta mañana dirigiéndonos a esta audiencia pública, que se ha sabido convocar gracias al interés que el proyecto que se ha presentado ha generado en la Mesa Directiva de la Comisión Primera, a la rapidez en la convocatoria que hubo de esta audiencia pública y al éxito que ha registrado esta audiencia pública, como que todos y cada uno de ustedes puede observar que se encuentran presentes representantes de la academia, representantes de la Procuraduría General de la Nación, representantes de los jueces, de los señores magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá especialmente, encontramos igualmente representantes de la sociedad civil, porque evidentemente este es un tema que compete al interés de toda la sociedad.

Cuando hacia finales del año 2022 la Sala de Casación Penal tomó la decisión de salir a la provincia y a interactuar con jueces y magistrados, se hizo en el propósito de generar, de sintonizarnos con las regiones, con esos jueces y con esos tribunales que cotidianamente están cumpliendo con la administración de justicia.

Y a través de ese contacto con jueces y magistrados de diferentes distritos judiciales, porque fuimos a Valledupar, fuimos a Neiva, fuimos a Ibagué, fuimos a Neiva, fuimos a Cúcuta, estuvimos en Santa Rosa de Viterbo, etcétera, etcétera. Todos al unísono manifestaban las preocupaciones de la impunidad, en primer lugar y en segundo lugar, de la congestión de los despachos judiciales.

Y fuimos generando por consenso unas materias que debieran interesar a todo el aparato jurisdiccional en el campo penal a nivel nacional y así fue como logramos identificar esta temática, coincidió señores Senadores con que a principios de este año el gobierno nacional convocó a una comisión, como lo decían de más o menos 40 miembros, en donde igualmente hubo de participar diferentes miembros de la sociedad civil y allí estuvimos o compareció o comparecimos la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General de la Nación y sensibilizamos a esa comisión en la necesidad de estructurar unas reformas puntuales, en el propósito de que haya una pronta y cumplida justicia en el campo penal.

Y eso pasaba por rememorar instituciones básicas del sistema procesal de tendencia acusatoria, que por las reformas que se habían introducido, 60 y pico que refería mi colega el doctor Bolaños, se han introducido desde ese momento hasta la fecha, impidieron o deformaron la razón de ser, la naturaleza del sistema acusatorio.

Identificamos, repito, esos 6 o 7 aspectos que hoy se han tocado a lo largo de esta audiencia y que en las 2 últimas intervenciones mi compañero de sala el doctor Gerson Chaverra, como la señora Fiscal General de la Nación la supieron precisar, determinar, para de esa manera entonces invitar a esta reforma.

Y tuvimos la audiencia repito, del gobierno nacional, tuvimos el acompañamiento de la Fiscalía General de la Nación por lo que hoy se les presenta Honorables Senadores y señores Congresistas, es el fruto de un trabajo consensuado de la Corte Suprema, de la Fiscalía General de la Nación, pero como muchos de ustedes igualmente lo precisaron en esta audiencia, cuenta con el respaldo de los señores abogados litigantes, de los señores

procuradores judiciales, de los señores abogados litigantes, repito, del aparato jurisdiccional y también de la academia.

Es decir, este es un ejemplo señores Senadores, de cómo se debe cumplir la labor a ustedes encomendada, de buscar consensos en torno a problemas de índole nacional y qué mayor problema que el de la celeridad en la administración de justicia.

Entonces de verdad me siento como Presidente de la Sala de Casación Penal, no solamente honrado señores Senadores, sino muy orgulloso de que esta convocatoria a esta audiencia pública haya tenido la audiencia que hoy registramos y qué mejor mensaje a ustedes señores parlamentarios, que encontrar el respaldo en esta sesión de audiencia pública en donde se van a dar cuenta que en realidad es algo sentido de la sociedad colombiana, de quienes administramos justicia, de los fiscales, de los jueces, de los magistrados, porque igualmente nosotros nos sensibilizamos con la situación que se está vislumbrando, que se está evidenciando en el tema de la justicia penal.

No quiero ahondar en más aspectos, porque ya repito, los temas sustanciales del proyecto han sido expuestos a satisfacción y sencillamente agradecerles a todos y a cada uno de ustedes su presencia en la mañana de hoy y que sepan que la Corte Suprema de Justicia está dispuesto a seguir adelante con este tipo de ejercicios intelectuales para bien de la patria, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Fernando Bolaños Palacios – Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Muchas gracias, de igual manera un cordial saludo a las señoras y señores Congresistas que están en este auditorio y en especial al Senador Ariel Ávila, quien ha diligenciado de manera tan eficiente este proyecto, saludo a la señora Fiscal, a los colegas de la Corte Suprema de Justicia, a los jueces, a los magistrados, a los colegios de abogados litigantes, a las corporaciones de procuradores y corporaciones de jueces y fiscales muchas gracias, a las personas que nos acompañan aquí.

Yo quiero para concluir decir lo siguiente, en realidad como sociedad estamos afrontando un enorme problema, problema que en parte tiene que ver con que Colombia adoptó un sistema procesal penal acusatorio de tendencia anglosajona, especialmente el norteamericano, donde la mayoría de procesos judiciales terminan anticipadamente, es decir, no van a juicio, a través de sistemas de preacuerdos, negociaciones o justicia premial, como se ha llamado así.

El problema se generó cuando paulatinamente se fue cambiando la naturaleza de ese sistema, con leyes que iban prohibiendo beneficios o disminuyendo la posibilidad concreta de hacer esas negociaciones y llegamos a un estado caótico de la actualidad, donde la peor parte de todo la llevan las víctimas.

Y pues esta es una invitación cordial a los señores Congresistas que han de tramitar este proyecto, en el sentido de que tomen las cosas, que tomen este proyecto según de quién vienen y este proyecto viene por una necesidad sentida y estudiada de la Fiscalía, del Ministerio de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, han intervenido universidades, colegios de abogados litigantes corporaciones y colegios de jueces y también saludamos con mucho gusto la intervención de la Fundación Juanfe, que tiene unas preocupaciones muy especiales, pero quizá hay un poco de desinformación ahí.

De entrada pido sinceramente a los señores de los medios de comunicación que informen con suma responsabilidad lo que está pasando y lo que se está proponiendo, porque hay que destacarlo de una vez, no es cierto que a través de esta iniciativa se esté tratando de recortar la posibilidad punitiva del estado, no es cierto que se estén rebajando las penas para ninguna clase de delitos, ni menos para los delitos sexuales que afectan niños, niñas y adolescentes, lo que pasa es que la prevención general que hace el legislador a través de la fijación de las penas, es una vía inicial de intervenir en los problemas delictivos, pero que esa se concreta necesariamente a través de la prevención especial y esa se consigue únicamente cuando se ejecutan las sentencias de los jueces.

¿Y qué tenemos como consecuencia del sistema al que llegamos ahora en la actualidad? que muy pocas sentencias se están pudiendo ejecutar y ser efectivas, inclusive dictarse, la peor parte de ello la lleva la víctima, indiscutiblemente, si no tenemos sentencias prontas la víctima ni siquiera empieza su proceso de sanación interna, porque siempre va a estar a la expectativa de que probablemente hay un inocente del otro lado, hasta que se lo declara eficientemente culpable.

Las víctimas en ese trasegar tedioso de un proceso penal, muchas veces son revictimizadas porque la naturaleza del proceso es así, hay que preguntarles, hay que una vez más y tienen defensa del otro lado que contra interroga, que contradice, que busca que es un derecho absolutamente legítimo.

Entonces es una sentida preocupación, las víctimas y ellas principalmente, pero la sociedad en general asimila los efectos reales y simbólicos del proceso penal cuando obtienen la realidad de una sentencia pronta y cumplida, las víctimas no alcanzan a reflexionar en la intensidad, en la duración de una pena ¿qué efectos va a producir una pena de 30 o de 32 o de 34 años? la víctima necesita cuando ha sido realmente víctima es que se defina su caso a través de una sentencia condenatoria y esto debe hacerse pronto, porque de lo contrario, incluso las sentencias condenatorias de efectos tardíos ponen en tela de juicio las funciones de la pena.

Voy con un ejemplo solo, un señor abusa de una niña menor de 13 años y ella queda embarazada y tiene su hijo, en un proceso que dura casi 14 o 15 años, como el agresor normalmente es de la familia o amigo, este señor se gana el cariño del hijo que nació y se gana el cariño de la niña, pues que abusó de ella, cuando llega a la hora de la sentencia incluso se piensa en qué cuál es la eficacia de esa sanción, entonces aún con una sentencia condenatoria que ya tiene mucha crítica a la eficacia de esa sanción por tardía, pues se le abre una gama de problemas adicionales a las víctimas, que ha sido la niña abusada, su familia y el niño que nació.

Es decir, con todo este proyecto queremos es allanar un poco el camino para que las sentencias puedan preferirse de una manera más pronta, esto no tiene nada que ver con la impunidad, no tiene nada que ver con conceder gracias y favores a los implicados en los delitos graves, esto tiene que ver con que las instituciones aquí reunidas estamos afrontando un problema que como sociedad colombiana, que como estado colombiano tenemos y del que queremos salir adelante con toda su colaboración, muchas gracias Senador, muy amable.

De conformidad con la Ley 5ª. de 1992, la Presidencia informa que se publican los documentos enviados al correo de la Comisión Primera del Honorable Senado de la República, comisión.primera@senado.gov.co y los radicados en el trascurso de la audiencia y se envían los documentos a los Honorable . senadores miembros de la Comisión Primera de Senado.

Respetadas señoras y señores Congresistas,, muy buenos días,

El proyecto de ley que hoy nos reúne, establece como objetivo restaurar los fines del sistema acusatorio,, estimular que se profieran sentencias de manera temprana,, y a su vez,, garantizar los derechos de las víctimas a la reparación integral y a la justicia.

Para lograr estos fines,, el proyecto realiza las modificaciones normativas precisas,,dirigidas a ajustar el diseño institucional a los mandatos que,, desde el acto legislativo 03 de 2002,, nos habíamos procurado como país,con miras a tener un proceso penal de tendencia acusatoria y que,, por su misma esencia,, potencialice la justicia premial.

Dentro de las modificaciones normativas de este proyecto,, se proponen las correcciones necesarias que permiten balancear las instituciones propias de la justicia negociada,, sin negar los derechos constitucionales de las víctimas al acceso a la justicia.

Por ejemplo,, propuestas como la de la reparación integral como una causal de terminación del proceso penal de forma anticipada,, para ciertos delitos menores,,, y que ya estaba prevista en la ley 600 de 2000,,, resultan de especial validez para superar el conflicto entre victimario y víctima,,Huelga resaltar,,que esta forma de terminación anticipada no aplica para delitos sexuales,, ni para la violencia intrafamiliar o hurtos violentos.

Sin embargo,, quiero aprovechar el tiempo de mi intervención para reflexionar en una de las propuestas que considero cardinales para lograr los objetivos propuestos,, y es la que hace a referencia al artículo 7º del proyecto de ley,, que modifica el numeral 7º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006,, o Código de la Infancia y la Adolescencia.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, en su numeral 7º del artículo 199,, **no** permite rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones,, cuando se trate de delitos de homicidio, lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

El proyecto de ley propone que para estos delitos,, en caso de celebración de preacuerdos y negociaciones, o de allanamiento a cargos,,se pueda **no** rebajar hasta el 50% de la pena prevista,,, como, ocurre con otros delitos,, sino hasta la mitad de ese porcentaje,, de acuerdo con el momento procesal,,de manera similar a como hoy en día ocurre con el feminicidio.

Esta propuesta ha generado varias reacciones en la opinión pública, todas muy comprensibles, pero basadas en mi criterio en una falsa dicotomía entre justicia premial y la garantía del acceso a la justicia a las víctimas de estos delitos.

A continuación presentaré tres argumentos que sirven para alimentar la discusión,, ~~a fin de demostrar esta falsa dicotomía~~ y demostrar que la propuesta,, no solo cumple con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional frente a los mandatos de investigación, sanción y juzgamiento para casos de violencias contra niños, niñas y adolescentes,, sino que resulta necesaria para materializar,, a largo término,, una política criminal con enfoque de género.

1. El primer argumento se sustenta en la exigencia,, tanto desde el derecho internacional de los DDHH,, como de los estándares político criminales fijados por la misma Corte Constitucional,, en torno a la necesidad de proferir de manera certera y oportuna castigos penales ejemplarizantes para los violadores o asesinos de menores.

Para conseguir este fin, esto es para lograr castigos ejemplarizantes, oportunos y ciertos, resultan legítimos y necesarios métodos especiales de investigación,, esenciales a la justicia premial,, que logren sentencias justas y respuestas integrales a las víctimas.

Los preacuerdos y negociaciones,,con rebajas de penas mínimas,, no transgreden las obligaciones retributivas de sanción para los responsables y,, por el contrario,, permiten a la institucionalidad mayores procesos investigativos que atiendan las necesidades de verdad y reparación que exigen las víctimas.

La implementación de justicia premial para estos específicos casos no se centra,, como equivocadamente tiende a pensarse,,en un puro eficientísimo protector del victimario, o en la equivocada dicotomía entre justicia premial y garantías de acceso a la justicia para las víctimas.

La justicia premial continua sosteniendo ideas retribucionistas justas de la pena, así como las funciones de prevención general y especial,, y en medida alguna el proyecto propone ilegítimas rebajas para violadores y asesinos de menores por fuera de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones penales.

Los castigos severos se siguen manteniendo, pues en todo caso la penas establecidas en el Código Penal ya de por sí son muy altas,,De manera alguna,,se está proponiendo levantar las prohibiciones que existen para conceder sustitutos penales, como la libertad condicional, la prisión domiciliaria, el principio de oportunidad o la ejecución condicional de la condena cuando se trate de delitos donde sean víctimas menores de edad.

Las técnicas de negociación, como mecanismos legítimos de investigación y debida diligencia, lo que incrementan es el éxito investigativo que en la mayoría de los casos resulta esencial para dar con los responsables de este tipo de delitos, que como sabemos son delitos de puerta cerrada.

2. El segundo argumento para sustentar que no existe contradicción al aplicar mecanismos de justicia premial„ y al mismo tiempo garantizar los derechos de las víctimas de estos delitos„ tiene que ver con todos estos sentimientos de emotividad y venganza, sobre los que ya desde vieja data„ sobre los años de 1857„ nos hablara el sociólogo francés Emilio Durkheim„ cuando reflexionaba sobre la relación entre emociones sociales y el castigo como institución expresiva.

Estas emociones, sentimientos, si se quiere de repugnancia, que podamos sentir frente a los victimarios„ y más contra menores„ son por supuesto claramente comprensibles. Lo que sí no pueden suponer son saltos legislativos irreflexivos hacia una expansión punitiva que no racionalice acerca de las mejores formas de controlar y prevenir el delito.

No nos cansaremos de señalar„ desde la filosofía del derecho penal„ ni desde la criminología ni la sociología del castigo, así como tampoco desde la dogmática penal„ que no existe correlación alguna entre aumentos punitivos y control del crimen.

Mucho menos respuesta pueden serlo las recurrentes ideas de implementar la cadena perpetua„ fuera de esa sensación de que se está haciendo algo como sociedad„ *pero a la final con resultados poco efectivos.* Pese a su atractivo mediático„ o a su poder expresivo, no permiten acabar con las estructuras patriarcales que son las que funestamente alimentan fenómenos criminales como la violencia sexual contra mujeres, niños, niñas y adolescentes.

Y esta última idea es la que me permite presentar mi tercer y último argumento para explicar la justificación de la modificación propuesta en el artículo 7 del proyecto de ley.

3. Este argumento consiste en explicar que son las estructuras de dominación„ que los feminismos denominan como patriarcado„ lo que nos permite comprender la causa de la comisión de crímenes de naturaleza sexual.

Más allá de las explicaciones sobre la enfermedad mental del depredador sexual„ una explicación estructural„ como la que desde mucho tiempo atrás nos vienen ofreciendo las investigaciones teóricas desde el feminismo„ nos permite dar luces mucho más claras acerca de cómo en la sociedad surgen expresiones de violencia de género que difícilmente se pueden acabar o controlar únicamente mediante el derecho penal.

Atribuirle al castigo la carga de eliminar el fenómeno no pasa de ser una pretensión aspiracional„ pero que muy poca satisfacción nos deja cuando evidenciamos que entre más nos desgastemos en pensar en mayor punitividad„ menores son los éxitos sobre el control del crimenes sexuales.

Por el contrario, esta concentración univoca en atacar las causas y control del fenómeno a partir de mayor castigo, nos desconcentra del foco final aspiracional dirigido a que toda la institucionalidad„ de manera articulada y con todos los recursos necesarios„ podamos realizar de la mejor forma investigaciones robustas y sanciones efectivas y ejemplarizantes.

Pero además también nos desconcentra de poder desplegar políticas criminales sobre el control del crimen a partir de, por ejemplo, la aplicación efectiva de técnicas situacionales de prevención de crímenes sexuales„ control de potenciales ofensores en espacios públicos y privados„ o mecanismos comunitarios y localizados de alertas tempranas. /// Estas estrategias suponen de importantes recursos y procesos de articulación estatal„ que terminan en simples intentos deshilvanados y oscurecidos cuando todos nuestros esfuerzos se enfocan en atacar la enfermedad a partir de remedios ilusorios.

Estos tres argumentos brevemente expuestos, señoras y señores congresistas, resaltan la justificación y necesidad de la propuesta legislativa„ claramente apuntalada a consolidar una política criminal con enfoque de género, proporcional, coherente, previsiva, basada en argumentos empíricos„„ y por sobre todo ajustada a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional frente a los mandatos de investigación, sanción y juzgamiento para casos de violencias contra niños, niñas y adolescentes.

Muchas gracias

PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL[1]

Christian Wolffhügel Gutiérrez[2]

I. Introducción

Básicamente son dos los paradigmas de enjuiciamiento criminal —con diversos matices—, sobre los cuales se fundamenta la construcción del proceso penal, a saber: el modelo anglosajón y el modelo inquisitivo. De cara a este panorama, hay quienes aplauden al primero, el estadounidense, por entender que es más protector de la libertad, más democrático, menos controlado por los agentes del Estado —debido a la participación del jurado lego— y con mayor neutralidad de los jueces. No obstante, la comparación también es predicable a la inversa, esto es, a través de posturas que elogian el sistema inquisitivo por ser más racional, más efectivo e, incluso, más cuidadoso para evitar la condena de un inocente, gracias al dominio de jueces profesionales que actúan con un mandato de buscar la verdad y, además, por virtud de la ausencia del *plea bargaining*[3].

Aunado a ello, emerge la confrontación entre los principios de legalidad y oportunidad que, de cara a la persecución penal, hacen énfasis diversas facetas de la idea de Derecho: por su parte, el principio de legalidad

[1] II Conversatorio Nacional sobre Justicia Penal Especializada, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Bucaramanga, noviembre 22 al 24 de 2012.
[2] Profesor de Derecho Penal, Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho. Doctorando en Derecho Penal Universitá degli studi Roma (Italia).
[3] Lynch, Gerard E. Plea bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados unidos, NDP, 1998/a, ps. 293-330

subraya la idea de justicia; y por la otra, el de oportunidad resalta la idea de finalidad, esto es, de efectividad[4].

Estando así las cosas, es claro que la figura de los preacuerdos y negociaciones se adscriben, sin duda alguna, a este segundo camino, esto es, al de la efectividad.

Como se sabe, la inspiración de este nuevo paradigma procesal penal no se derivó de la "generación espontánea" del Congreso de la República sino que, más bien, se adscribió al conjunto de reformas que, a partir de finales del siglo pasado y, comienzos del presente, se han implementado en los países latinoamericanos. Es más, el modelo a copiar, sin ser tomado como un todo, es el de los Estados Unidos de América, de forma tal que "*le solicitarán prestadas algunas medidas aisladas, muchas veces denominadas "parches", "salvavidas" o "ruedas de auxilio*"[5].

Una de esas medidas, empotrada hoy en nuestro sistema procesal penal, es la llamada por el legislador como *preacuerdos y negociaciones* de cuyo análisis se ocupará esta exposición.

II. Genealogía de la figura

[4]Hassemer, Winfried. "La persecución penal: legalidad y oportunidad", trad. M. A. Cobos Gómez de Linares, en Jueces para la Democracia Nº 4, 1988, Madrid, Unigraf S. A., 1988, págs. 8 y ss.

[5]Anitua, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense en las reformas procesales latinoamericanas http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=45

Como se afirmó en precedencia este instituto tiene un claro raigambre en el procedimiento penal de los EE.UU, hecho que amerita, sin duda alguna, una breve referencia a esta figura de *lege ferenda*.

Al respecto, lo primero que se debe preguntar es ¿cuál es la razón de su presencia en el proceso penal? Pues, bien, el *plea bargaining* cobra sentido en el encuadramiento del mismo sistema penal adversarial, en el que las partes se presentan como adversarios independientes e iguales ante el juez, quien no es más que un árbitro de las disputas existentes entre las mismas[6].

En este sentido, así como las partes controlan la manera en que se presenta la prueba durante el juicio —ellas definen el qué y el cómo de la prueba— de la misma manera, pueden establecer un acuerdo que ponga fin a la disputa de cualquier manera que consideren adecuada[7].

Sin embargo, su justificación, que históricamente tiene asidero en el otrora carácter privado de la acusación, hoy carece de sentido por la sencilla razón de que la acusación es hoy de carácter público, motivo por el cual sus críticos son implacables a la hora de discutir sobre esta figura[8].

No obstante ello, este método —que quiérase o no está empotrado en nuestro sistema— y cuyo desarrollo es centenario, fue declarado, por la Suprema Corte de los Estados Unidos, compatible con el principio constitucional del debido proceso, tan sólo hace 40 años. A partir de

[6]Lynch, Gerard E. Plea bargaining. El sistema no contradictorio de justicia penal en estados unidos, NDP, 1998/a, ps. 293-330
[7]Ibíd.
[8]Ferrajoli, Luigi. Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale, decima edizione, Editori Lateraza, Roma, Pág. 778 y 779.

entonces, más del 90 % de los procesos norteamericanos son desarrollados de modo que entre el fiscal y el defensor es acordado un *guilty plea*[9].

Ahora bien, en cuanto al término *plea bargaining*, la traducción literal sería la siguiente: declaración (plea) negociada (bargaining). Frente a esta terminología —negociación— los críticos señalan que la justicia no es una cuestión de regateo en un bazar, sino un escenario de resolución meditada de conflictos[10]. Más allá de ello —lo que empeora las cosas— el significado más coloquial de "bargain" en el lenguaje norteamericano, es el de un descuento, esto es, algo obtenido a un precio reducido[11], en otras palabras una "ganga", denominación, desde luego, ajena a la terminología jurídica.

Efectuadas estas precisiones, esta institución se puede definir, más técnicamente, como "*un procedimiento mediante el cual el Ministerio Fiscal negocia con la Defensa, bien no formular acusación, bien una petición de condena inferior a la legalmente prevista, con base en que el imputado admite su participación culpable en los hechos*"[12]. Como se puede ver, por más depurada y eufemística que se pretenda definir esa figura, no se puede desligar de la expresión "negociar" y su significado.

En el plano de su práctica, el *plea bargaining*, se manifiesta en tres formas de aparición:

[9]Schünemann, Bernd. Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos.
[10]Lynch, Gerard E.: "Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia Penal en Estados Unidos" en Nueva Doctrina Penal, 1998/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. 293 y ss.
[11]Lynch, Gerard E.: "Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia Penal en Estados Unidos" en Nueva Doctrina Penal, 1998/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. 293 y ss.
[12]Gómez Colomer Juan-Luis. Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad pág. 3434

En primer lugar, la *sentence bargaining*, en cuyo caso el consenso que se produce entre el imputado y fiscal, se concreta en una promesa de reducción de la pena ante la declaración de culpabilidad de aquél. Así mismo, en segundo lugar, está el *charge bargaining*, que se caracteriza porque el consenso tiene por objeto lograr la impunidad total de parte de los delitos cometidos y reconocidos por el imputado. Finalmente, en tercer lugar, encontramos la *bargaining mixta*, por cuya virtud el consenso tiene por objeto tanto la promesa de reducción de pena, como la no perseguibilidad parcial de las conductas punibles cometidas y reconocidas por el imputado, pudiéndose aceptar obligaciones específicas de contenido legal, como testificar contra personas, informar a la policía, etc[13].

Desde luego, esta figura —polémica por naturaleza—, no ha sido ajena a la crítica y, en consecuencia, ha sido destinataria, *grosso modo,* de objeciones como las siguientes:

En primer término, el hecho de obtener una reducción de la pena por virtud de una declaración de culpabilidad, se traduce en que será penado mucho más severamente quien hace uso de su derecho a un juicio. En otras palabras: si va a juicio y pierde la pena será mayor[14]. Así mismo, en segundo término, la condena que sólo se debería fundar en la verdad material resulta, por esta vía, fundándose en el consentimiento de la persona que es investigada[15].

[13]Gómez Colomer Juan-Luis alternativas a la persecución penal y principio de legalidad pág. 3435
[14]Schünemann, Bernd: Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos.
[15]Schünemann, Bernd: Sistema Penal Acusatorio. Aspectos problemáticos.

Además, en tercer término, en la mayoría de los procedimientos de admisión de culpabilidad el juez no cuenta con suficiente información para determinar racionalmente si la culpabilidad del acusado es siquiera probable, y muchos menos cierta[16]; en cuarto término, la falta de publicidad de la "negociación" se suma a las deficiencias de este instituto.

En fin, incluso se ha dicho, por un reputado profesor de la Universidad de Yale que el comportamiento de los actores en el sistema de *plea bargaining* es similar al que se observa en el mercado. En efecto, con las limitaciones propias del sistema, los actores se comportan racionalmente, maximizan sus utilidades, asignan sus recursos, obtienen rebajas, etc[17].

Por otra parte, también se han enarbolado algunas ventajas que, de manera breve, se pueden resumir así: de un lado, el hecho de enfrentar un proceso sin dilaciones indebidas[18] como lo ha dicho la Corte Constitucional; además, la reducción de los efectos estigmatizantes que el proceso penal comporta. A este respecto, encontramos los efectos del proceso penal en los medios de comunicación, en los cuales la persona que se presume inocente ha debido soportar —sin ser condenada— un "linchamiento mediático" y una "condena pública" sin apelación alguna, fundada en la íntima convicción del conglomerado social; piénsese a este respecto, en el célebre caso "colmenares" y otros más, en los cuales un preacuerdo hubiera evitado, sin duda alguna, el estigma público del proceso penal, que, en algunos casos puede ser más feroz que la misma pena punitiva.

[16]Lynch, Gerard E.: "Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia Penal en Estados Unidos" en Nueva Doctrina Penal, 1998/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. 293 y ss.
[17]Langbein John h. sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados. En revista "nueva doctrina penal", ed. del puerto, buenos aires, t. 1996/a, ps. 45-54.
[18]Molina López, Ricardo. La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana) Tesis Doctoral, pág. 335 y ss.

De otro lado, en lo que constituye una expresión claramente utilitarista, se avala este procedimiento por virtud de la disminución de los gastos que para el sistema penal representa el desarrollo y culminación que cada una de las causas que al mismo arriban, tal y como lo ha sostenido la Suprema Corte de los Estados Unidos.

III. Los preacuerdos y negociaciones en el C.P.P.

En Colombia, antes de la entrada en vigor de la ley 906 de 2004, encontramos como principales antecedentes de esta figura, por una parte, la terminación anticipada del proceso —contenida en el C.P.P. Decreto 2700 de 1991— y, por otra parte, la sentencia anticipada y audiencia especial en la ley 81 de 1993.

Ahora bien, ubicados en la ley 906 de 2004, se puede decir que los preacuerdos y negociaciones se refieren a diversos institutos en los cuales se observa un verdadero escalón intermedio entre el abandono de la persecución penal —propio de la aplicación del principio de oportunidad— y la persecución misma. Dicho de otra forma, ni hay persecución total pero de la misma forma no hay renuncia total.

a. Condición de procedibilidad

En primer lugar, el legislador señala en el art. 349 del C.P.P[19] que:

[19]Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-059-10 de 3 de febrero de 2010.

"*En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente*".

Al respecto, la Sala de Casación Penal ha dicho que "*en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, surge indispensable dar cabal cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en tanto que el presupuesto del reintegro constituye* ***motivo de procedibilidad*** *para culminar con la terminación abreviada del proceso*"[20] (resaltado fuera del texto).

Ahora bien, la pregunta que emerge es la siguiente: ¿frente a qué delitos en necesario agotar este requisito de procedibilidad? Al respecto, la Sala de Casación Penal tiene sentado que esta figura no sólo procede en relación con los tipos penales que describen un interés patrimonial, de suerte que, más allá de la denominación jurídica correspondiente, son los hechos objeto de investigación los que, en últimas, permiten establecer si como consecuencia de la comisión de una o varias conductas punibles el actor obtuvo un incremento patrimonial[21] ello independientemente de su ubicación en el código penal.

b. Momento procesal

[20]Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de mayo de 2009, radicado núm. 29.473.
[21]Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de abril de 2011, radicado núm. 34829.

Al respecto, se vislumbra un modelo que desarrolla en dos tiempos. En primer término, a partir de la audiencia de formulación de la imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación[22]y, en segundo término, una vez presentada la acusación y hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral[23]. Esta división tiene asidero en la medida en que, al tenor de las diversas normas previstas en el ámbito de la negociación, específicamente en la modalidad de rebaja de la pena, ésta dependerá del estadio procesal en el cual se verifique la misma.

Aunado a ello, nótese como el preacuerdo sólo puede arribar "*hasta el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral*" de forma tal que al límite de este estanco procesal, no ha habido la práctica de ninguna prueba, salvo, claro está, la llamada anticipada.

c. Quiénes participan parte del acuerdo

Al tenor del C.P.P., las conversaciones tendentes a la consecución del acuerdo se llevan a cabo entre el fiscal y el imputado, éste último a través de su defensor. En relación con la participación de las víctimas, parece evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las mismas en este estadio procesal. No obstante, al hilo de la jurisprudencia constitucional[24] la intervención de la víctima sí resulta plausible toda vez que no sólo provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia, sino que también, dicho punto de vista resulta valioso para

[22]Ver. Art. 350 del C.P.P.
[23]Ver. Art. 352 del C.P.P.
[24]Corte Constitucional, Sentencia C- 516 de 2007.

rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

No obstante, las críticas no se han hecho esperar, por quienes entienden que "*la intervención física y simultánea de víctima y fiscal, en este cometido, lejos de darle agilidad al instituto lo entorpece innecesariamente pues el apasionamiento que despierta la exigencia de una desmesurada reparación induce a que el procesado no quiera pacto alguno o que esa participación inmovilice o dificulte el accionar del fiscal en este sentido*"[25]

Con todo, la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, de lo que se trata es que sea oída por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo.

d. Objeto del preacuerdo

En términos generales se puede afirmar que el acuerdo o la negociación comporta, por una parte, el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado así como la renuncia libre, consciente, voluntaria y debidamente informada al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; y, por otra parte, los descuentos punitivos derivados del acuerdo[26].

De lo anterior se deriva que dos son, en esencia, los ámbitos del preacuerdo.

[25]Gómez Velásquez R. y Castro Caballero F. Módulo de preacuerdos y negociaciones en el proceso acusatorio colombiano, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" 2009 http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_01_preacuerdos_y_negociaciones.pdf
[26]Corte Constitucional sentencia T- 794 de 2007.

a. El acuerdo sobre el rito procedimental

Si bien es cierto que el C.P.P no inserta en el acápite de modalidades de los preacuerdos aquél referido al rito procesal, también es cierto que en éste el imputado o acusado acepta una forma abreviada —en todo caso al distinta al juicio oral— para definir el caso, de suerte que el legislador le asigna un efecto jurídico-procesal que consiste en la producción de un resultado que altera el procedimiento, mismo que puede residir en hacerlo más breve a través de la supresión de una etapa procesal o, por medio de la exclusión de la práctica de la prueba[27].

Este primer acuerdo, que implica la renuncia a algunos derechos inherentes al proceso y, de contera, al imputado o acusado, no resulta inconstitucional en el sentir de la Corte Constitucional[28] toda vez que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso; no obstante —lo que resulta paradójico—, en algunos eventos no ha habido el desarrollo de un proceso, piénsese a este propósito en preacuerdos en sede de formulación de la imputación.

b. El acuerdo sobre los hechos, la calificación de la conducta y la responsabilidad penal.

[27]Del Río Ferretti, Carlos: "El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, N° 1, abril de 2008, Santiago, 2008, págs. 157-182.
[28]Corte Constitucional sentencia C-1260 de 2005.

En este acápite, el punto de partida lo constituye, por un lado, la declaratoria de culpabilidad del imputado o acusado en relación con el delito endilgado y, por el otro, la contrapartida por parte del fiscal que se manifiesta en cuatro posibilidades así:

i. Todas aquellas hipótesis referidas a la expresión, contenida en el artículo 351 del CPP, "*hechos imputados y sus consecuencias*".

ii. La eliminación de un cargo específico o alguna causal de agravación (artículo 350).

iii. La tipificación de la conducta de forma específica con miras a disminuir la pena (artículo 350).

iv. La rebaja de la pena imponible.

Veamos a continuación cada una de ellas:

i. <u>Hipótesis referidas a la expresión, contenida en el artículo 351 del CPP, "*hechos imputados y sus consecuencias*".</u>

Esta primera modalidad comporta, a no dudarlo, el más amplio margen de negociación de cuantos prevé la ley procesal. De esta manera, cuando el legislador alude a los hechos imputados y sus consecuencias, deja entrever que se podrá acordar en cuanto a la conducta punible —no hay, pues, hechos imputados desprovistos de calificación jurídica—y, además, en cuanto a sus consecuencias, no pueden ser otras que las de tipo jurídico, que se concretan en la determinación de pena desde las perspectivas cuantitativa y cualitativa. Dicho de otra forma, el ámbito de negociación se mueve entre la teoría del delito y la teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

Cabe anotar que en esta hipótesis no se modifica, no está en juego, la denominación jurídica del delito, ésta se mantiene incólume, por ello lo que es objeto de negociación lo constituye aquellas circunstancias que inciden el marco de las categorías dogmáticas del delito, así como en la determinación de la pena. En otras palabras: el fin de la negociación está en encontrar circunstancias que sin modificar la denominación jurídica del delito permitan la reducción de la pena.

Ahora bien, en el primer segmento, esto es, el atinente al hecho punible imputado, desde una perspectiva amplia se podrá acordar en relación con todas aquellas circunstancias propias de cualquier categoría dogmática que tienda a disminuir la pena.

De esta manera, aquellas situaciones —distintas de las causales de ausencia de responsabilidad en sentido amplio— que tengan relación con la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad pueden ser objeto de negociación, a condición, como se dijo, de que no excluyan la responsabilidad penal.

Esta parece ser la postura de la Sala de Casación Penal, toda vez que en su sentir se puede negociar aspectos atinentes a la tipicidad como la forma de participación y el error de tipo (vencible); así mismo, aquellas circunstancias relativas a la antijuridicidad como los excesos en las causales de justificación; y, además, problemáticas propias de la sede de culpabilidad, tales como el error de prohibición (vencible), las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas y el estado

de ira o intenso dolor [29].

Aunado a lo anterior, estaría sobre el tapete de la discusión lo concerniente al tipo subjetivo en sus diversas manifestaciones. Por ejemplo, lo que toca con la calificación dolosa vesrus la culposa en aquellos casos límite en los cuales ésta, al menos teóricamente, no es evidente. Piénsese en aquellos casos límite de dolo eventual y culpa con representación.

Ahora bien, vistas las cosas en la práctica lo que parece claro es que la primera cualidad que se debe ostentar de cara una negociación es la de conocer la problemática, tanto de la teoría del delito, como de la determinación de la sanción penal.

En efecto, en el ámbito de la participación criminal la negociación sólo será relevante —para el imputado— en el marco de la variación del título de imputación a la menos intensa que es la complicidad, por lo demás, cambiar la forma de concurrencia entre autor directo, autor mediato, coautor o, incluso, determinador, ninguna incidencia tendrá como quiera que los límites punitivos son los mismos.

Igualmente, en lo que respecta al error vencible, en sus dos apariciones, de tipo y de prohibición es claro que apareja diversas consecuencias en tanto que el primero mantiene indemne la tipicidad culposa, el segundo —salvo el llamado error de tipo permisivo— disminuye la pena en la mitad. En ese sentido, plantear en sede de negociación error de tipo vencible en tratándose de un hurto o un delito de naturaleza sexual resulta inane —para la fiscalía, no así para el imputado— como quiera que no admiten la sanción a título de culpa y en consecuencia seguiría siendo impune. O lo que sería lo mismo, plantear un error de prohibición vencible de cara a un supuesto de defensa putativa.

Aunado a lo anterior, encontramos una segunda perspectiva —mucho más compleja y discutible— enderezada a otorgar la posibilidad de adelantar negociaciones en el ámbito de la determinación de la pena, algo sobre lo cual la doctrina parece estar dividida, en el sentido de que hay quienes consideran que la posibilidad de que las partes puedan acordar las penas a imponer, como parece desprenderse del confuso art. 351, no deja de ser contraria a la Carta Fundamental, al considerar que dicha función es eminentemente jurisdiccional[30].

A su turno, hay quienes consideran que sí sería posible la verificación de acuerdos de la misma que giren sobre la determinación cuantitativa como cualitativa de la pena[31]. En cuanto a la primera, basta decir que la misma se ocupa del procedimiento tendente a verificar, en una suma concreta, el quantum punitivo; de cara a la segunda, la negociación se ocuparía de lo que tiene que ver con el cómo se ejecutará la sentencia, a este propósito se podrían vincular instituciones tales como los sustitutivos penales y la prisión domiciliaria.

ii. <u>La eliminación de un cargo específico o alguna causal de agravación (artículo 350).</u>

En este segundo nivel, se observan dos sub formas de aparición de los preacuerdos: de un parte a través de la eliminación de un cargo específico, a cuyo efecto es *conditio sine qua non* que estemos en frente a un concurso ideal o material de delitos no frente al aparente, en cuyo caso el acuerdo girará en torno a la supresión de alguno de los delitos imputados. En la práctica se impone, que la eliminación ha de ser referida a un cargo de menor entidad. En todo caso, habrá situaciones en las cuales la eliminación de un cargo, cuando hay más de tres delitos imputados, puede resultar insignificante por virtud del sistema de la acumulación jurídica que dispensa el legislador patrio en esta materia.

La otra forma de manifestación que expone esta causal, está adscrita a aquellos eventos en los cuales la supresión no se refiere al cargo en concreto, sino a la circunstancia de agravación específica. En efecto, para precisar los contornos de esta situación, será la Parte especial la encargada de elucidar, de cara a los tipos complementados agravados —homicidio agravado, secuestro agravado, acceso carnal agravado, hurto agravado etc.— la procedencia de la misma.

iii. <u>La tipificación de la conducta de forma específica con miras a disminuir la pena (artículo 350).</u>

Este escenario es el que por virtud del pronunciamiento de la Corte constitucional, resulta difícilmente aplicable, veamos: En palabras de la Corte Constitucional: *La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.*

En conclusión, el fiscal sólo podrá adecuar la conducta a aquella que conforme al juicio de tipicidad resulte aplicable, a ninguna otra.

Frente a este panorama, hay quienes consideran de cara a un principio de legalidad modulado que *no puede desconocerse cierta relativización, pues de lo contrario, la institución se haría impracticable si lo que se quiere es aplicar un método subsuncionista, puesto que debe utilizarse en forma modulada el principio de legalidad, moderado por los principios de necesidad, ponderación y corrección*[32]. Es más, para otros el fondo del asunto se traduce en un problema de mentalidad, esto es, de actitud[33].

iv. <u>La rebaja de la pena imponible.</u>

Esta última modalidad, implica como contrapartida la simple rebaja de la pena que dependerá de si la persona fue capturada en flagrancia o no. A este propósito, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del art. 101 del C.P.P. en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí previsto, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los

[29] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de diciembre de 2005, radicado núm. 21347.

[30] Velásquez, Fernando. La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema.
[31] Caicedo S. José Hilario, Manual del Proceso Penal Acusatorio, pág. 194; Gómez P. Carlos. Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, Pág.174.

[32] Gómez P. Carlos. Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, Pág. 161.
[33] Caicedo S. José Hilario, Manual del Proceso Penal Acusatorio, Pág. 193

parámetros inicialmente determinados por el legislador en cada uno de los respectivos eventos[34].

Así las cosas, en lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un **8.33** por ciento. Y en lo que respecta a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

4. Estándar probatorio

De acuerdo con el art. 381 del C.P.P. *Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*

Según se desprende del texto legal, este conocimiento le llega al juez a partir de las pruebas debatidas en el juicio. Sin embargo, en tratándose de los preacuerdos el juez deberá obtener ese mismo conocimiento sólo que con una sustancial diferencia: no hay pruebas debatidas, porque no ha habido juicio.

Esto pone de presente un evidente problema que se traduce en un diferenciado marco probatorio para proferir sentencia de tipo condenatorio. Uno, que se funda en las pruebas debatidas en el juicio y, otro, que ante la ausencia del mismo, se fundamenta en las evidencias y elementos materiales probatorios recolectados por la fiscalía, aunados al reconocimiento libre del imputado o acusado del delito en cuestión. Esto último, demuestra cómo lo que en principio es una garantía constitucional —derecho de no autoincriminación— termina por convertirse en el más fuerte argumento para proferir sentencia condenatoria. En efecto, el juez no está en frente de un debate probatorio sino de cara a un conjunto de evidencias —que no fueron ni serán sometidas a la admisibilidad, publicidad, contradicción, inmediación etc— a partir de las cuales profiere una condena.

Se trata de una situación en la cual el Juez profiere la sentencia no con fundamento en la sana crítica —que no puede haber porque no hay pruebas que valorar— sino con asidero en la íntima convicción que se refuerza en la "buena fe" hacia el imputado, esto es, en confiar que él es el responsable, de allí que el juez se preocupe más en indagar sobre la libertad en su decisión, en la falta de coacción y en la conciencia de que conoce los efectos del acuerdo que en las evidencias mismas.

6. El control judicial verificación judicial

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. De esta manera, el papel del Juez queda reducido a una simple verificación de carácter notarial porque —a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, donde el Juez penal puede absolver al procesado que haya prestado su conformidad— en Colombia el Juez, una vez haya verificado que no hay violación de las garantías fundamentales debe dictar sentencia condenatoria. Con ello, el papel del juez está limitado a verificar los requisitos de validez del preacuerdo y a la determinación de la pena[35].

7. Conclusión

Al tenor de la exposición de motivos, referida al proyecto de Acto Legislativo 03 de 2002, se afirmó:

"*...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales —defensa y acusador— ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.// Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual…*"

Al respecto se debe decir, de la mano de Ferrajoli, que la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio; el contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre

[34] Corte Constitucional sentencia C- 645 de 2012

[35] Molina López, Ricardo. La conformidad en el proceso penal (Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana) pág. 449.

APUNTES PARA EL PROYECTO DE LEY 281 SENADO

AUDIENCIA COMISION PRIMERA

JOSE FREDDY RESTREPO GARCIA
Fiscal 3 ante Tribunal Superior Cali
Integrante del Colectivo Unidad Popular en Cali

IDEAS CENTRALES:

1. El presente proyecto constituye un viraje en la Concepción del ejecutivo y el legislativo en el ejercicio del poder estatal y en particular el poder punitivo del Estado en materia penal.
2. Resulta afortunado en este momento político del país donde el constituyente primario reclama fortalecer la justicia, las garantías procesales reales y las víctimas esperan verdad, justicia y reparación.
3. Momento oportuno después de 4 años de un ejercicio ajeno a ese clamor desde la Fiscalía por parte del anterior Fiscal Francisco Barbosa.
4. **A modo de ejemplo**: ante atropellos e incumplimiento de acuerdos por la entidad los servidores de la fiscalía de Cali ejercimos el derecho constitucional a la **PROTESTA** y en su lugar la respuesta fue **represión y persecución**, el intento de sacarnos de la entidad sin fórmula de juicio y al final debimos llevar el caso a la CIDH y la oficina del alto comisionado de la ONU relator de naciones unidas para independencia judicial. Solo ante esas acciones optó por compulsarnos para investigación disciplinaria que fue lo que pedimos desde el inicio para una investigación con garantías procesales.
5. Contrario a esas prácticas esta fiscal ha proferido la directiva 01 sobre la protesta social con directrices claras a funcionarios judiciales de fiscalía y otros con abundante compilación de tratados, leyes y fallos de altas cortes para proteger ese derecho y judicializar cuando haya realmente lugar a ello haciendo de paso también pedagogía ciudadanía y a los funcionarios ejecutores de la ley.
6. Ese viraje en el cambio de Concepción se ve reflejado en el espíritu que acompaña este proyecto de ley que se piensa con visión propia de la justicia restaurativa y otros conciliando equitativamente los intereses del procesado como sujeto pasivo de la acción penal estatal y la víctima como sujeto pasivo del delito
7. Coadyuvamos varias de las intervenciones de mis antecesores. Se comparte le propuesta del Dr. YESID REYES sobre mejorar la redacción de la causal de principio de oportunidad para colaboración eficaz con la justicia para que se impida que el delito se siga cometiendo o se vuelva a cometer y para desarticular bandas. Sugiero agregar también que incluya mejor redacción para brindar información y testificar en juicio para lograr castigo efectivo a responsables de crimen organizado y en especial los cabecillas.
8. Las **propuestas sobre reparación integral son muy positivas dada la** alta incidencia de estas ilicitudes en la congestión en la administración de justicia y en el sistema carcelario. Estas son acordes con una visión de política criminal propia de un estado constitucional como reclaman autores como CLAUX ROXIN, muchos otros teóricos y nuestras altas cortes en múltiples fallos sobre el tema (como la C 365/2012)
9. Son útiles para volver al paradigma proyectado para el nuevo sistema acusatoria a su inicia de que más o menos un 10% o menos de casos irían al juicio y el 90% o más

se resolverían por preacuerdos y otras formas anormales terminar proceso. La historia ha demostrado que ha sido al revés (90-10%) y se ha penalizado en exceso por presiones externas como el impacto de los medios de comunicación con lo cual se ha implementado derecho penal de enemigo y populismo punitivo.

10. Es claro que el problema de la impunidad no es un tema solo de Fiscalía y los jueces sino propio del sistema penal en su conjunto lo cual involucra el papel de legislativo en regular lo sustancial, procesal y la ejecución y de la misma rama ejecutiva en varios momentos de operación del sistema penal en su conjunto.
11. Posturas equivocas como la mostrada en el debate por el delegado de la Procuradora no ven nuestra realidad con una planta escasa de fiscales, además congestionados, con falta de personal asistencial y de investigadores, amenazados, con falta de garantías reales para protegerse a si mismos y a los testigos y víctimas para que declaren, con frecuencia también amenazados. En el caso de los niños en juicio para que declaren años después, el tiempo hace que se les olvide, se re victimicen, se mueren, se prescriben los delitos, por múltiples factores y a veces por maniobras dilatorias de los criminales como parte de sus estrategias defensivas.
12. En sentido similar presenté 2 proyectos de ley en octubre de 2022 cuyas argumentaciones son aplicables a este proyecto y remito a ellas en cuanto al cambio de concepción que se debe tener en materia de política criminal. Estos proyectos apuntaban a **despenalizar la protesta social** y **descongestión carcelaria** para liberar congestión judicial y enfrentar la denegación de justicia que se presenta muchas veces por las prescripciones e impunidad. Esos fenómenos golpean especialmente a las víctimas, evidencian la ineficacia del Estado y afectan la confianza en la justicia.

Adjunto:

1. Proyecto de ley entregado el 24 de octubre de 2022 que integra la propuesta de **despenalizar protesta social** con una simple formula final de redacción legislativa: "DEROGAR LOS ARTS. 44 Y 45 DE LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA" y si es posible derogar de una vez con los mismos argumentos, los arts. 353 y 353A del Código Penal. En la página 20 se integra el de descongestión carcelaria demostrando desde la página 21 todo el inflacionismo punitivo aplicado en los últimos años para echar atrás las metas del SISTEMA PENAL aumentando penas, también agravantes y negando masivamente beneficios que antes concedía la ley penal y el nuevo sistema penal que tenía la meta de que l 90% o más fuera pre-acordado y similares y solo el 10% o menos fuera a juicio, lográndose hoy enterrar ese propósito, pues desde se concedían beneficios de rebaja de pena pero la misma ley 890 de 2004 frustró ese intento al disparar las penas para que volvieran a quedar como antes si se concedía alguno de esos beneficios o rebajas de pena por preacuerdo y similares.
2. Adjunto proyecto de alternatividad penal que recogía fórmulas para una mesa de trabajo con el Ministro de Justicia, Fiscalía y otros entes en similar sentido.

Ambos giran en torno a la **necesidad de defender la vigencia de los Principios de**:
a) necesidad de la intervención penal, b) subsidiariedad, c) última ratio, d) exclusiva protección de bienes jurídicos, e) racionabilidad y f) proporcionalidad que surgen de fallos como la C 365 de 2012, entre otros.

JOSE FREDDY RESTREPO GARCIA
freddyrestrepo2014@gmail.com

172 225

Bogotá, D.C., 11 de noviembre de 2022

Doctor
NÉSTOR OSUNA
Ministro de Justicia
Doctor
ALIRIO URIBE
Representante a la Cámara
La ciudad

JOSE FREDDY RESTREPO GARCIA, ciudadano colombiano, identificado al pie de mir firma, concurro hoy desde mi experiencia como abogado, defensor público, juez, fiscal y docente universitario a plantear unas sugerencias sobre la propuesta de alternatividad penal que permita para dar al grave fenómeno de haber penalizado la protesta social y colocar tras las rejas, sin motivos constitucionalmente justificados, a cientos de colombianos (as) que decidieron ejercer sus derechos constitucionales. Con ello además de afectar sus derechos fundamentales incluso la libertad, se incrementó la ya grave congestión carcelaria, acompañada de hacinamiento y vida indigna en las cárceles, como consecuencia de aplicar sin discriminación el Derecho Penal del Enemigo y el populismo punitivo.

Para **armonizar** la situación de dichas personas con la Constitución, que es el marco jurídico de referencia para configurar cualquier postura judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho se presentó al Gobierno y al congreso, un proyecto de ley para despenalizar la protesta social y descongestionar cárceles.

Siguiendo esa misma línea y fines constitucionales, se deben respetar los *criterios constitucionales en materia penal. Según la sentencia C-365 de 2012 se deben tener en cuenta los siguientes principios:*

***Principio de** necesidad de la intervención penal,*
***Principio de** subsidiariedad,*
***Principio de** ultima ratio,*
***Principio de** exclusiva protección de bienes jurídicos,*
***Principio de** racionabilidad y*
***Principio de** proporcionalidad,*

De acuerdo con estos deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito, frente al respeto de derechos fundamentales

Para efectos de una propuesta de alternatividad penal considero debe actuarse en varios frentes:

1. En el terreno legislativo impulsar con carácter urgente el proyecto de ley para despenalizar la protesta social por que, independientemente de la situación jurídica de los jóvenes detenidos, esos dos tipos penales **no deben existir bajo la vigencia de un Estado Social de Derecho, solo producen efectos negativos** y de otro lado el supuesto de hecho normativo de estos delitos ha sido en la práctica el soporte fáctico real a partir del cual han sido judicializados los muchachos y muchachas. "***Des-satanizar***" esas conductas no solo resulta ser un imperativo acorde con los mandatos constitucionales sino que le quita el sustrato fáctico que sirvió de disculpa para procesarlos penalmente. La exposición de motivos para el mismo, obra en el documento enviado con antelación.
   NOTA: Este proyecto es sumamente ágil aprobarlo (debate en comisiones conjuntas y plenarias conjuntas con mensaje de urgencia) porque en ultimas se reduce solo a aprobar dos frases:
   1) DEROGAR EL ART 353A DEL CP. y
   2) DEROGAR LA REFORMA AL 353 DEL CP.

   (En otro momento político y con mas tiempo abordaremos la eliminación del art 353 completo).

2. Paralelo con ello crear una **comisión interinstitucional** del Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, Procuraduría, Defensoría y **fiscalía** para revisar los casos donde se encuentren **personas judicializadas** por la protesta social para estudiar si es viable la implementación de la figura de **gestores de paz** definiendo en qué casos puede prosperar la misma por parte del Presidente.
   NOTA: Ese equipo interinstitucional dará herramientas mas sólidas para que nuestro presidente de el paso con gestores de paz que se puede hacer gradualmente, primero con los casos mas evidentes de injusticias con delitos menos graves, luego un segundo y/o tercer grupo de otros casos que requieren mayor elaboración.

3. **Simultáneamente** con ello sería ideal que la **Fiscalía** se comprometa a realizar un comité técnico jurídico de orden nacional donde se analice el conjunto de los casos en que fueron judicializadas estas personas para revisar **los soportes de EMP** que sirvieron de fundamento para tales judicializaciones y con ello **revisar el proceso de adecuación típica de cada una de esos casos**. Es altamente probable que dadas las circunstancias en que todos estos hechos se dieron en un momento tan álgido de la vida nacional, las exigencias del momento, las presiones de opinión publica y algunos agentes estatales, medios de comunicación, etc, hayan llevado a muchos fiscales de estos casos a hacer valoraciones jurídicas más allá del verdadero alcance de los actos investigados, judicializando cuando no había lugar a ello. La Fiscalía que tiene la potestad y ejercicio de la acción penal, puede revisar y readecuar típicamente esas conductas y tiene los caminos jurídicos para enderezar esos yerros jurídicos (ello independiente de que por si solos puedan configurar tipos penales).
   NOTA: Este es un trámite sumamente ágil que se reduce a un acto administrativo del Ffiscal General para el cual ya tienen un formato definido de ágil tramitación. El Comité técnico de alto nivel qué cree la fiscalía puede revisar la adecuación típica de la conducta y replantear la postura del ente acusador en cada caso que como ya está en manos de jueces y no depende de la rama legislativa ni ejecutiva si no de la misma Fiscalía que es la que detenta el ejercicio de la acción penal y puede variar su postura acusatoria en el juicio con efectos judiciales inmediatos. Sí el fiscal no acepta el concepto del comité según dispone la normatividad interna actual simplemente para no violar la autonomía se dispone asignarlo a otro fiscal preferiblemente de ese comité que asuma la nueva postura del ente acusador. en el contexto actual nacional en una mesa en que esté la ONU, otros organismos internacionales, gobierno y otras entidades de la sociedad civil de alto nivel jurídico creo que al fiscal no le quedaría otro camino que aceptar conformar ese comité técnico jurídico para cuyos criterios este servidor puede aportar nuevos elementos.

Estas son 3 medidas agiles que dan salida inicial y efectiva a esta problemática. Tal como dijimos en el proyecto, este tratamiento judicial y legislativo dado hasta ahora corresponde más a la política de seguridad democrática que llevó a ajustar nuestro ordenamiento jurídico a modelos como la "**Doctrina de la Seguridad Nacional**" y un verdadero ***derecho penal de enemigo*** que convirtió nuestro derecho penal en un instrumento de persecución política para acallar las protestas sociales y las voces de los líderes sociales, tratados como enemigos del orden público. Ello se reflejó directamente en reformas legales que afianzaron esa instrumentalización del derecho penal de enemigo y la represión de derechos sociales, dándoles el tratamiento de terroristas.

La **criminalización de la protesta social** desconoce mandatos constitucionales (arts 1 al 6 de la CP y arts 18, 20, 28, 37 y 38 de la CP entre otros) y los principios que rigen al legislador para regular el derecho penal y procesal penal según sentencias como la C 365 de 2012 y la C 742 de 2012.

Además de estas normas constitucionales tenemos tratados y fallos de la Corte Constitucional desconocidos con los alcances de esta legislación y con ello tratados internacionales.

A. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 20).
B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21, 22).
C. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXI).
D. Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15,16)
E. Fallos Corte Constitucional- C-009-18, C-128-18, C-160-17 acuerdos paz, C-223-17, C-281-17 (Cod Nal policía), C-555-17, C-674-17, C-730-17,

El Congreso de la República debe también colocarse en la tarea de reglamentar el derecho a la protesta el cual se intentó resolver en gobiernos anteriores por medio del código nacional de policía sin ser este el camino no sólo por la materia que se pretendía regular sino porque al configurar reglamentación de un derecho fundamental es mandato del artículo de la constitución que se regule a través de ley estatutaria tal como lo dijo la CSJ en la citada decisión al decir:

> ***"TERCERO: ORDENAR** a los demandados que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, insertar y facilitar la descarga del contenido completo y legible de este pronunciamiento, en la parte principal de sus respectivas páginas web y redes sociales, en un lugar visible y fácilmente identificable, hasta tanto el Congreso de la República emita una Ley Estatutaria que regule los alcances y limitaciones del derecho a la protesta pacífica."*

Esa ley estatutaria es la oportunidad para fijar reglas humanistas y garantistas para la protesta social y colocarle un dique de contención a los abusos que aun pueden subsistir en todos los rincones del país, en cada alcalde como jefe de policía del municipio, en cada policía, en cada servidor publico que olvida su papel al servicio de la comunidad, del constituyente primario, como su razón de ser.

Fraternalmente

JOSE FREDDY RESTREPO GARCIA
CC No. 16.693.480 de Cali
Abogado, Docente, Fiscal y Dirigente sindical del sector Justicia.

Bogotá, D.C., lunes 24 de octubre de 2022

Honorable
Presidente de la República
Dr, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Ministro de Justicia
Dr. Néstor Osuna
Honorable Presidente del Senado
Dr. ROY ALEJANDRO ROY BARRERAS
Honorable Presidente de Cámara
David Ricardo Rasero
La ciudad

Soy JOSE FREDDY RESTREPO GARCIA, ciudadano Colombiano, identificado al pie de mir firma. Concurro hoy en dicha condición y no como **Presidente de ASONAL JUDICIAL SINDICATO DE INDUSTRIA,** ni como representante de los 25.000 servidores de la Fiscalía ante la **Comisión Nacional de Carrera de la entidad,** ni como **Fiscal ante el Tribunal Superior de Cali o coordinador de dicha unidad.**

Como **ciudadano colombiano** que lleva cerca de 3 décadas al servicio de la justicia como **Abogado** litigante, **Defensor** público por concurso de méritos, **Fiscal** Local, Seccional, **Juez Penal** del Circuito y **Fiscal ante el Tribunal** también por concurso de méritos, docente Universitario y Usuario de la Justicia, he recogido valiosa experiencia que me anima a postularle en estos primeros 100 días de su Gobierno, varias propuestas de iniciativa legislativa, las cuales se pueden tramitar con mensaje de urgencia, en comisión conjuntas y plenarias también, para dar salida en legislación ordinaria al grave mal social de penalizar la protesta social y condenar a miles de colombianos (as) a estar tras las rejas sin motivos constitucionalmente justificados para ello, abultando la grave congestión carcelaria, acompañada de hacinamiento y vida indigna en las cárceles. Ello genera una olla de presión cada vez más próxima a re-explotar ante tanta gente humilde hoy tras las rejas por causa de un sistema penal judicial que los sumergió en esas angustias que genera la aplicación a ultranza del Derecho Penal del Enemigo y el impacto social negativo del populismo punitivo.

1). PROYECTO DE LEY POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMAN UNOS ARTICULOS DE LA LEY 599 DE 2000 PARA DESPENALIZAR LA PROTESTA SOCIAL.

(**Ley 1453 de 2011**: Fecha de Sanción: 24 Junio 2011 | N° Senado: 164/10 | N° Cámara: 160/10)

EL CONGRESO DE COLOMBIA APRUEBA

Artículo 1°. **Derogase** el artículo 353A del Código Penal, el cual fue adicionado por el art. 44 de la ley 1453 de 2011 con el siguiente texto:

> *Artículo 353 A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.*
> *Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.*

Artículo 2°. **Derogase** el artículo 45 de la ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 353 del Código Penal el cual quedará así:

> *"ARTÍCULO 353. PERTURBACIÓN EN SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO U OFICIAL. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la conducción o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes."*

PROYECTO DE LEY POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMAN UNOS ARTICULOS DE LA LEY 599 DE 2000 PARA DESPENALIZAR LA PROTESTA SOCIAL

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. **Objeto del Proyecto**. El presente proyecto de ley busca **armonizar** el contenido de algunos tipos penales en su redacción actual, con la Constitución, que se constituye en el marco jurídico de referencia para configurar cualquier delito en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Se pretende igualmente avanzar en el camino de darle **coherencia sistemática** a las normas de derecho penal que deben ajustarse a normas superiores como la Constitución y los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia haciéndoles prevalecer como bloque de constitucionalidad *que da especial fuerza jurídica a los contenidos de los artículos 93 y 94 de la CP como límites a la restricción de derechos y al reproche penal por determinadas conductas.*

Los mandatos constitucionales son un imperativo para todas las ramas del poder público. Estos han generado un modelo de intervención penal que debe proteger siempre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En esa tarea de acompasar las normas penales a los mandatos y fines constitucionales, se deben respetar los *criterios constitucionales para la configuración legislativa en materia penal. Según la sentencia C-365 de 2012 se deben tener en cuenta los siguientes principios:*

***Principio de** necesidad de la intervención penal,*
***Principio de** subsidiariedad,*
***Principio de** ultima ratio,*

Principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos,*
Principio de *racionabilidad y*
Principio de *proporcionalidad,*

De acuerdo con estos deben ponderarse las finalidades de ***prevención y represión del delito****, frente al respeto de derechos fundamentales*

Con este proyecto de ley para **despenalización de la protesta social**, también se busca reversar el proceso iniciado décadas atrás de aplicar en Colombia el derecho penal de enemigo y en su lugar, ajustar la normatividad legal penal a la búsqueda de una Paz Total estable, duradera y que asegure el goce de los derechos en todo el territorio nacional.

II. **Antecedentes**. En el año 2000 el Congreso de la República profirió un nuevo código penal consignado en la ley 599 de ese año y un nuevo código de procedimiento penal en la ley 600 de 2000. Esa iniciativa legislativa de la Fiscalía pretendió ajustar ambos códigos a los lineamientos de los múltiples fallos previos de la Corte Constitucional.

Poco tiempo después, tras el atentado a las torres gemelas en EEUU en septiembre de 2001 comenzó a implementarse la iniciativa mundial de convertir **la seguridad** en **un supra derecho** capaz de limitar e incluso aplastar los demás derechos fundamentales. En pos de la seguridad podían violar nuestra privacidad, la libertad, copar el presupuesto nacional, restringir los demás derechos. Esa iniciativa se copió e implementó en muchos países del mundo.

Colombia no fue ajeno a esa ofensiva mundial. Para ese momento el gobierno de ALVARO URIBE VELEZ venía implementando su política de seguridad democrática ajustando todo el ordenamiento jurídico para darle a la seguridad , ese tratamiento de supra derecho constitucional colocándolo por encima de otros derechos fundamentales. Con eso se ahondaron las viejas prácticas implementadas a raíz de lo que se conoció como la "**Doctrina de la Seguridad Nacional**" fundada en la creencia de qué hay un enemigo interno en Colombia.

A fin de afianzar la implementación del modelo de **seguridad democrática** se aprobó igualmente el **acto legislativo 02 de 2004** que autorizó la reelección presidencial para darle continuidad a multiplicidad de iniciativas **gubernamentales y legislativas** con este mismo propósito.

Para ese mismo año se desarrolló igualmente un movimiento nacional a fin de reformar el proceso penal **por un sistema acusatorio** tomando copias del modelo norteamericano y algunos otros referentes del sistema continental europeo, lo que concluyó con la aprobación de la **ley 906 de 2004**, Nuevo código de procedimiento penal.

Tiempo después el gobierno nacional impulsó nuevas reformas para afianzar su política de seguridad democrática implementando lo que se conoce como ***derecho penal de enemigo*** convirtiendo el derecho penal en un instrumento de persecución política para acallar las protestas sociales y las voces de los líderes sociales. Fue por ello que a estos se les trató como enemigos del orden público y todo ello se fue reflejando en múltiples reformas legales que afianzaron esa instrumentalización del derecho penal de enemigo y la represión de derechos sociales, dándoles tratamiento de terroristas y afectando por esa vía, múltiples garantías constitucionales que venían gozando de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, durante los últimos años se profirieron nuevas leyes, como las siguientes, entre otras:

A. 1142 de 2007 con reformas al Código Penal y Procedimiento Penal para la "***prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana***".
B. 1273 de 2009, para la "***protección de la información y de los datos***"
C. 1356 de 2009, para la "***seguridad en eventos deportivos***"
D. 1453 de 2011, "***disposiciones en materia de seguridad y otros***"
E. 1474 de 2011, ***contra la corrupción y control a gestión publica***
F. 1709 de 2014, reformas al código penal y procesal penal.

Con estas leyes anunciaron proteger la "***seguridad ciudadana***" frente a los terroristas, el crimen organizado y algunos actores sociales que ponían en peligro el orden público.

En ese norte aparece la **ley 1453 de 2011** para proteger la **seguridad ciudadana** e introducir otras reformas en el régimen penal. Para efectos de este proyecto de ley, debo resaltar, que dicha norma introdujo modificaciones que **criminalizaron la protesta social** con el nuevo articulo 353A y modificando el art 353 del CP con incremento de sus penas.

III. **MOTIVACION**:

En desarrollo de la "**Doctrina de la Seguridad Nacional**" para combatir el "**enemigo interno en Colombia**" se adscribió la Policía Nacional al Ministerio de Defensa y se optó por una justicia cuya normatividad se colocará al servicio de esa doctrina, todo ello como expresión de esa vieja concepción del Estado, la seguridad y la Justicia. En Colombia su versión más reciente fue perfeccionada y llamada **seguridad democrática.**

Por ello se profirieron las leyes 1142 de 2007, 1273 de 2009, 1356 de 2009, 1453 de 2011, 1474 de 2011, 1709 de 2014, entre otras que reformaron el código penal y procesal penal.

Todas estas iniciativas legislativas fueron encaminadas a proteger supuestamente la ***seguridad ciudadana*** frente a los terroristas, el crimen organizado y algunos actores sociales que ponían en peligro el orden público. De esa manera se logró ***meter en un solo costal*** la lucha contra los terroristas y bandas criminales, junto con la penalización de la protesta social, esto es la persecución penal a los líderes sociales, barriales y diversas expresiones del constituyente primario que acudieron a las calles a manifestarse con su voz de protesta como un legítimo derecho constitucional junto con otros derechos como los derechos de libre expresión, asociación, reunión y protesta pública y pacífica.

La ley 1453 de 2011 fue hecha supuestamente para proteger la **seguridad ciudadana** e introducir otras reformas en el régimen penal que ahondaron la instrumentalización del derecho penal, el llamado derecho penal de enemigo, la utilización de Protección de bienes jurídicos difusos para supuestamente controlar el orden público y los supuestos enemigos sociales para amparar a la supuesta ***"gente de bien"***.

Con la misma se introdujeron modificaciones que criminalizaron la protesta social a través de nuevo artículo 353A y modificando e incrementando las penas del art 353 del CP., sin justificar el porqué de esa penalización de los citados derechos constitucionales.

Es así como en la introducción de la exposición de motivos de la ley 1453 de 2011, el Ministro del Interior y de Justicia de entonces Germán Vargas Lleras, el Ministro de Defensa Nacional Rodrigo Rivera Salazar y el Vice Fiscal como Fiscal encargado Guillermo Mendoza Diago desde un comienzo dijeron:

"***El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes***; *razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar. (destacado nuestro)*

Si bien en un comienzo se anuncia que *"… la lucha contra el terrorismo y la delincuencia no puede ser una justificación para afectar los derechos de las personas, por lo que en la redacción de este proyecto se ha tenido especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones pueda afectar las garantías constitucionales de los ciudadanos"*, en la práctica luego se legisló en clara afectación de derechos fundamentales como la manifestación pacífica, la asociación, la libertad de expresión, entre otros.

Para legitimar la implementación de esta normatividad se dijo:

> *"Para lograr estos objetivos, en este proyecto se han incorporado medidas orientadas a la protección de las garantías ciudadanas con base en el marco legal existente, buscándose cumplir con cuatro objetivos:* ***eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo****; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales. (destacado nuestro)*

A partir de allí se anuncia la implementación de medidas penales, de procedimiento penal, sobre extinción de dominio, de infancia y adolescencia. Lo sorprendente del caso es que el senado no introdujo la sanción a la protesta social en el artículo 353 a ni la modificación del 353 ni en su primera ponencia (gaceta 850 de 2010) ni en su segunda ponencia (gaceta 975 de 2010) ni en la plenaria del senado (gaceta 1117 de 2010).

Fue sólo hasta la segunda ponencia en la Cámara de Representantes (Gaceta 194 de 2011) que se introdujo como artículo nuevo el 353A sin mayores argumentaciones ni soportes, sólo con el argumento de que en la comisión primera de la Cámara se incluyeron estos artículos nuevos porque los representantes consideraron que "…***enriquecen el proyecto***…" (página 2 de la gaceta).

A pesar de la abrupta y no fundamentada introducción de ese nuevo artículo que claramente restringe el ejercicio de derechos fundamentales como la protesta pacífica, expresión, reunión y otros, se aborda un capítulo con 7 ítems sobre la viabilidad constitucional de los nuevos artículos sin abordar en ningún momento el estudio de este nuevo delito, introducido a última hora.

En su aparte final solo se hizo alusión al objetivo del proyecto de "*…lograr la colaboración de la ciudadanía en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada…*" apelando al artículo 95 de la Constitución Política, de los deberes de la persona y del ciudadano como:

> *"2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;…*
>
> *6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;*
>
> *7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia".*

Fue claro el propósito de descargar **sobre los hombros de los ciudadanos** la obligación que tiene el Estado de luchar contra el *terrorismo y el crimen organizado.*

En los **"**Comentarios de los ponentes" Se habla de la "Necesidad del proyecto como herramienta de política pública" se precisa el incremento de los homicidios, bandas criminales, fallas del sistema acusatorio y la política de seguridad ciudadana que descansa sobre 5 ejes nuevamente soportados en la necesidad de una "***ciudadanía activa y responsable***". A pesar de todo eso nada se dijo que justificara el porque criminalizar esos derechos fundamentales.

Llama poderosamente la atención que la exposición de motivos no introdujo ese nuevo delito del art 353 A ni modificó el 353 del CP. Tampoco lo hizo el senado ni en comisión ni en plenaria.

Fue solo en el segundo debate de Cámara (Gaceta 194 segunda ponencia Cámara[1]) que se introdujo el nuevo delito sin una fundamentación que sustentara el por qué afectar derechos fundamentales. Su texto señaló:

> ***"Artículo 48.*** *La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 353A, el cual quedará así:* ***Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público.*** *El que por medios ilícitos obstaculice, de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal forma que afecte el orden público o la movilidad incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

[1] Coordinadores Alfredo Deluque y Guillermo Rivera Flórez – También firman Alfonso Prada, José Rodolfo Pérez, Jorge Gómez Villamizar, Victoria Eugenia Vargas, Jorge Enrique Rozo Y Juan Carlos Salazar - No Firman: Cesar Augusto Rojas, Orlando Velandia Y Carlos German Navas Talero

En el camino de creación del delito éste surgió como un DELITO DE RESULTADO, que solo se configuraría si se **afectaba** de manera real y efectiva el **orden público o la movilidad**.

Aun así en la plenaria de Cámara (Gaceta 369 plenaria Cámara) en el "CAPITULO I, Medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana", ratificada en la conciliación (Gaceta 341), sin una justificación del por qué, produjo un su endurecimiento en la conducta a castigar, quedó:

> *"Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.*
>
> *"Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política".*

Junto con ello se incrementó la pena para art. 353 del CP al señalar:

> *"Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales* (Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la corte constitucional mediante sentencia C-742 de 2012)"

Esta reglamentación de última hora para la penalización de la protesta social (art 353A) desconoció abiertamente pluralidad de principios constitucionales propios del Derecho Penal sistemáticamente señalados en múltiples fallos de la Corte Constitucionales como la sentencia C 365 de 2012 y la misma C 742 de 2012:

1. En primer lugar, se viola el principio constitucional de **necesidad de intervención penal** en el subprincipio de subsidiariedad, que implica que antes de acudir al derecho penal debe acudirse a otros controles menos gravosos dentro del sistema estatal como son, en este caso no, las normas derecho policivo que tienen por fin garantizar la seguridad, la convivencia, el orden público y propiciar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, entre otros. En el 2011 se estableció como delictiva esta conducta cuando ya existía el Código Nacional de Policía y luego se profirió el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, legislación idónea y eficaz para regular y controlar por vía policiva cualquier desmán contra el orden público en el desarrollo de alguna manifestación. Así pues que existiendo otra normatividad que pueda regular y controlar estos comportamientos debe respetarse y hacer prevalecer el principio de subsidiariedad, lo que no ocurrió en este caso por lo cual se contravino los lineamientos constitucionales y los fallos de la Corte Constitucional a través de sus fallos de efectos erga omnes.
2. Como consecuencia de lo anterior se violó igualmente el principio de derecho penal de **última ratio**, directamente vinculado con el principio anterior y que reclama que el estado sólo pueda penalizar conductas cuando hayan fallado los demás mecanismos de control social. es claro que en este evento no ha habido ausencia o incapacidad del derecho policivo de controlar estas conductas que puedan alterar el orden público, Sino por el contrario ha habido una práctica reiterada de desbordar el derecho policivo en sus facultades para reprimir ilegalmente la protesta social con el Uso indebido de la fuerza, el ataque a la integridad física y la vida de las personas, así como su libertad y seguridad individual, como ampliamente pudimos conocer en la sistemática represión del gobierno anterior al ejercicio de la protesta social en medio del estallido social, como expresiones legítimas de protesta de un pueblo que ya no aguantaba más tantas injusticias, miseria, desempleo, desnutrición, corrupción, asesinatos y masacres, entre otros.
   De no existir en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de regular dichos desmanes por vía de las normas policivas se podría acudir al derecho penal como última ratio pero existiendo una normatividad de este tipo (Como el derecho policivo) no sería necesario acudir al derecho penal para criminalizar estas conductas que simplemente son ejercicio de derechos constitucionales mencionados.
3. Se violó igualmente el sub **principio de fragmentariedad** en el entendido de que el derecho penal sólo puede aplicarse a los ataques más graves a los bienes jurídicos De una comunidad. Es claro que la obstrucción de una vía pública que afecte el tránsito temporalmente no alcanza a configurar una lesión mayor a bienes jurídicos y derechos de la sociedad y de los particulares. Elevar esta conducta a la categoría de delito equivale a un abuso a la facultad que tiene el gobierno de impulsar proyectos de ley para que el Congreso en su facultad de configuración legislativa penalice la protesta social como forma de acallar el clamor popular por una justicia social. no es con el castigo para exclusión de los protestantes de la sociedad enviándolos a la cárcel sino con el diálogo para incluirlos en la solución de los problemas sociales, cómo se debe solucionar y enfrentar los justos reclamos elevados en las protestas sociales.
4. Se afecta también el **principio de exclusiva protección de bienes jurídicos** pues la simple obstrucción de una vía pública no genera violación de otros derechos de terceros a excepción de la libertad de circulación que regularmente no se ve prohibida sino restringida por el carácter disruptivo de la protesta pacífica. en esos eventos de bloqueo de una vía corresponde a las autoridades de tránsito y de policía controlar el tráfico para facilitar la desviación de los vehículos por vías alternas lo que sigue siendo un problema que no corresponde al derecho penal sino autoridades de policía y tránsito que cuentan con herramientas suficientes para controlar dichas situaciones cómo lo faculta el artículo 6, 8, 10, 14, 28, 30, 40, 86, 139, 140, 141, entre otros frente a los temas de orden público, libre circulación, disposición de vías, seguridad ciudadana y otros.
   Nótese que el giro que se le dio en la plenaria de la cámara a la redacción del artículo terminó convirtiendo este delito aún más en un delito de peligro lo que significa qué se castiga así no se haya afectado ningún derecho de ninguna persona ni algún bien de Uso público sino que simplemente se castiga por el hecho de cometer una conducta que potencialmente hubiese podido afectar alguno de ellos, razón por la cual no se está castigando por haber lesionado un bien jurídico tutelado sino por la simple posibilidad de que lo hubieran hecho lo cual implica adelantar las barreras de contención del derecho penal desconociendo los principios ya mencionados. eso es lo que los expertos llaman la huida al derecho penal, derecho penal de enemigo, derecho penal de mínima ratio, instrumentalización del derecho penal, entre otros. todos estos conceptos son contrarios a los mandatos constitucionales y a los lineamientos de nuestra corte constitucional en cuanto a los principios que debe tener en cuenta el legislador a la hora de elaborar las normas de derecho penal.
5. En el mismo sentido de lo anterior debe destacarse qué se penaliza la obstrucción de vías públicas que atenten contra el orden público bajo el amparo de que se pretende combatir como lo dijo la exposición de motivos y el proyecto de ley, al terrorismo y los grupos delincuenciales, sin embargo al pasar a plenaria el proyecto de ley sorprendentemente se quitó del texto del tipo penal el ataque al orden público y se suplantó por la expresión *"atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria el medio ambiente o el derecho al trabajo".* es claro que si el ataque es contra la vida humana estaríamos en presencia de un delito de homicidio o incluso lesiones personales que ya tiene determinación de un delito propio y castigar por esta vía estaría configurando una violación del non bis in ídem pues estaría castigando doble vez por una misma conducta, o sea este tipo penal y el

homicidio o las lesiones según corresponda. lo mismo ocurre con los delitos contra la salud pública y seguridad alimentaria o el medio ambiente y el derecho al trabajo pues todos estos aparecen regulados como bienes jurídicos protegidos en el ordenamiento jurídico penal colombiano. . Regular por esta vía otra sanción a una eventual afectación de alguno de esos bienes jurídicos implicaría el castigo por doble vía y el desconocimiento de los principios ya mencionados. Debe señalarse finalmente que una regulación de este tipo generaría un mecanismo difuso de supuesta protección de esos bienes jurídicos pues nos evidencia que el bloqueo de una vía de manera selectiva y temporal pueda por sí solo configurar un atentado contra la vida la seguridad alimentaria y otros. se reitera, sólo ante la comisión de otro tipo de conductas, que configurarían otros tipos penales, se podría configurar la aceptación de alguno de esos derechos que ya tienen regulación legislativa expresa.

6. Se evidencia igualmente el desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal al encontrar las razones que justificaron la inclusión de estos delitos que a la postre termina siendo absolutamente mínimas cuando se mira la activó la motivación en cámara de representantes para introducir este nuevo delito sin una justificación o razonabilidad suficientemente esbozada para afectar derechos fundamentales. nótese además que a renglón seguido de la creación de este delito se modifica el contenido del artículo 353 del código penal sobre la perturbación del servicio público del transporte que termina generando una dependencia y vínculo indivisible entre los 2 delitos haciendo que uno se convierta el medio ilícito para cometer el otro. *Así por ejemplo la obstrucción de una vía pública suele perturbar el SERVICIO DE TRANSPORTE salvo que la obstrucción fuera de una vía peatonal y a su vez la perturbación del transporte genera la obstrucción de la vía pública por lo que en la práctica ambos delitos se convertirían en el medio ilícito para cometer el otro, generando un concurso real o material delitos que a la postre constituye nuevamente doble castigo por la misma conducta lo cual está prohibido constitucionalmente en el art 29 de la CP.*
7. Finalmente se transgreden normas constitucionales y otros componentes del bloque de constitucionalidad que son referentes en la misma sentencia para la libertad de configuración legislativa de los delitos en un estado social y democrático de derecho como Colombia. así tenemos que se desconocen normas de carácter constitucional como:

A. Preámbulo: EL PUEBLO DE COLOMBIA, promulgó la Constitución por medio de sus representantes para asegurar a los Colombianos la vida, la **convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz**, dentro de un marco jurídico, **democrático y participativo** que garantice un **orden político, económico y social justo.**

B. **ART. 1.** Colombia es un Estado social de derecho, es una República **democrática, participativa y pluralista**, fundada en el respeto de la **dignidad humana**, el trabajo y la solidaridad de las personas y en la **prevalencia del interés general**.

C. **ART. 2.** Son fines esenciales del Estado: 1.**Servir a la comunidad**, 2. promover **la prosperidad general**, 3. garantizar la efectividad de los **principios, derechos y deberes de todos**; 4. facilitar la **participación de todos en las decisiones que los afectan**, 5. y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, 6. asegurar l**a convivencia pacífica**, 7. y la **vigencia de un orden justo**. 8. Las autoridades están instituidas para **proteger a todas las personas** en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y 9. **asegurar el cumplimiento de deberes sociales del Estado** y los particulares.

D. **ART.3**. La **soberanía reside exclusivamente en el pueblo**, del cual **emana el poder público**. El pueblo **la ejerce en forma directa** o por medio de sus representantes (congresistas y otros).

E. **ART.4**. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, **prevalecen las normas constitucionales**.

F. **ART.5**. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la **primacía de los derechos inalienables** de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

G. **ART. 6**. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

H. **ART. 11**. El **derecho a la vida es inviolable**. No habrá pena de muerte.

I. **ART. 12**. Nadie será sometido a **desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos** o degradantes.

J. **ART. 13**. Todas las personas nacen **libres e iguales** ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades

K. **ART. 18**: Libertad de conciencia- Se garantiza la libertad de conciencia. **Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias** ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia- (Derecho a tener sus propios pensamientos y creencias)

L. **ART. 20**. Se garantiza a toda persona la **libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones**, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación

M. **ART. 28**. Toda **persona es libre**. **Nadie puede ser molestado** en su persona o familia, **ni reducido a prisión o arresto, ni detenido**, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

N. **ART.29**. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes preexistentes al acto** que se le imputa, ante juez o tribunal competente y respetando todas las formalidades del procedimiento. Toda persona se **presume inocente** mientras no se declare judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra entre otros. Es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso.

O. **ART. 37**. Toda parte del pueblo puede **reunirse y manifestarse pública y pacíficamente.** Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.

P. **ART.38**. Se garantiza el derecho de **libre asociación** para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

Además de estas normas constitucionales tenemos tratados y fallos de la Corte Constitucional desconocidos con los alcances de esta legislación:

Q. Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 20).
R. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21, 22).
S. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXI).
T. Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15,16)
U. Fallos Corte Constitucional- C-009-18, C-128-18, C-160-17 acuerdos paz, C-223-17, C-281-17 (Cod Nal policía), C-555-17, C-674-17, C-730-17,

En virtud del art. 27 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 1969, adoptada por Colombia: "(…) *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado* (…)". Ello impone su respeto irrestricto si un Estado lo ha suscrito o se ha adherido al mismo, como lo hizo Colombia con la Ley 32 de 1985 y como lo recordó el Magistrado **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA** en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Radicado No. 11001-22-03-000-2019-02527-02 del 22 de septiembre de 2020.

Todo lo anterior en atención a que en las **protestas y movilizaciones entran en juego indistintamente pluralidad de estos derechos** en sus múltiples manifestaciones así que al criminalizarse esas marchas, protestas, concentraciones, plantones y otros lejos de garantizarse suficiente y adecuadamente por el estado se desestimula y se cohíbe el ejercicio de estos derechos sea de manera directa o indirecta, antes del ejercicio de los mismos, en desarrollo de su ejercicio o después de dichas movilizaciones pues la textura abierta y la forma de redacción de la norma termina dejando en manos de terceros y en particular de la fuerza pública el control real de la jornada así como la posible criminalización de la protesta social en los términos ya mencionados.

Si una manifestación pacífica obstruye vías públicas o limita la circulación por algún lugar por ocupación de un espacio público temporal no configura la tipicidad del delito, si el objetivo de la misma no realmente afectar el orden público o lesionar un bien jurídico, sino comunicar sus ideas (manifestar, protestar).

Cuando la respuesta policial consiste en el uso de la fuerza de forma desproporcionada y no focalizada, sin atender a la magnitud de los desórdenes que se trata de controlar, y sin distinguir a las personas que provocan estos incidentes de manifestantes pacíficos; se vulneran los compromisos internacionales asumidos por los Estados en materia de derechos humanos y se violan dichos tratados.

La Corte Constitucional en la sentencia C- 742 de 2012 tuvo la oportunidad de revisar la inconstitucionalidad de estos 2 tipos penales sin embargo, como los cargos fueron **por violación al principio de legalidad**, al analizar los cargos la Corte concluyó:

> ***"Primero.-*** *Declarar* ***EXEQUIBLE*** *el artículo 44 de la Ley 1453 de 2011 "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y la adolescencia, las reglas sobre extinción del dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad",* ***por los cargos y razones estudiadas en la presente sentencia****." (destacado mio)*

Fue por esa razón que la Corte Constitucional en esa oportunidad hizo mención a varios principios pero como la demanda sólo se fundamentó en el cargo de violación al principio de legalidad, enunció los demás principios pero no los desarrollo. así pues no fueron objeto de análisis de fondo los principios de necesidad de la intervención penal, subsidiariedad, ultima ratio, exclusiva protección de bienes jurídicos, racionabilidad y proporcionalidad, Así como la abierta contradicción de normas constitucionales que protegen derechos fundamentales y tratados internacionales.

En concordancia con todo lo anterior resultan muy ilustrativas las observaciones y recomendaciones de la visita de trabajo de la CIDH a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021 [2] que entre otros apartes dijo:

[2] https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ObservacionesVisita_cidh_Colombia_spA.pdf

"170.-A juicio de la Comisión, privilegiar el diálogo también implica garantizar las condiciones para que quienes participan de las protestas a su vez puedan participar de las instancias de diálogo o mediación sin temor. Durante la visita, la Comisión recibió información sobre la apertura de ***indagaciones criminales contra manifestantes.*** *Al respecto, la CIDH reitera que "los Estados* ***deben dejar de aplicar tipos penales que convierten en actos criminales conductas comúnmente observadas en protestas****, como los cortes de ruta o los actos de desorden que, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas, pues en el contexto de las protestas ellas constituyen formas propias del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, de reunión y de libre asociación" (CIDH, Protesta y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 22/19, septiembre de 2019, párr. 208)- (negrillas mias)*

Queda claro que estas directrices internacionales fijadas en los tratados internacionales sobre DDHH ratificados por Colombia y cuyo alcance de interpretación y aplicación ha fijado la Corte IDH así como la Comisión IDH son de obligatorio cumplimiento para el Estado Colombiano en acatamiento a sus múltiples fallos y alcances de interpretación en múltiples instrumentos internacionales. Todos estos **apuntan a orientar como se debe regular y restringir la reglamentación de la protesta social**, pero en ningún momento **han ordenado que sean parámetros para su criminalización,** por lo debe revisarse la legislación penal en este sentido, para lo cual ha de acudirse en última instancia al principio por homine, si es que quedare duda del alcance de tales instrumentos internacionales.

La CIDH con antelación dijo:

"19.- En cuanto a las garantías del derecho a la protesta en Colombia, cuyo ejercicio no está aún reglamentado por una ley estatutaria como fija la Constitución Política, la Comisión fue informada de la sentencia STC 7641-2020 de la Corte Suprema de Justicia, con fecha del 22 de septiembre de 2020[3]. En esta decisión judicial se evidenció una problemática nacional de intervención violenta, arbitraria y desproporcionada de la fuerza pública en varias de las manifestaciones ciudadanas."

(…)

"22.- El 28 de abril de 2021 se dio inicio el denominado paro nacional, en respuesta a un proyecto de reforma tributaria ("Ley de Solidaridad Sostenible")[4] presentado por el gobierno nacional al Congreso el 15 de abril.

[3] Corte Suprema de Justicia, STC 7641-2020.
[4] Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia, Boletín No.11 "Ley de Solidaridad Sostenible", abril 2021.

Posteriormente se dio a conocer otro proyecto que reformaba la prestación de servicios de salud dentro del Sistema General de Seguridad Social (Proyecto de Ley No. 010)[5]. Ambas iniciativas generaron un profundo descontento social y fueron retiradas del debate parlamentario el 2 y 19 de mayo, respectivamente. A juicio de la Comisión, el hecho de que las protestas persistan hasta la fecha da cuenta de la magnitud del descontento social y del carácter estructural de sus reivindicaciones".

A la luz de esta mirada internacional se nos evidencia que en los últimos años, por no decir las últimas décadas, las protestas sociales en nuestro país han expresado un profundo clamor ciudadano por justicia social lo que legitima la validez constitucional y legal de estas movilizaciones como ejercicio claro y categórico de derechos constitucionales. Cómo es posible entonces castigar como **contrario a derecho** aquellos comportamientos que precisamente se ejercen **amparados en derechos constitucionales** y con protección internacional? Es claro entonces que ese proceso de criminalización de la protesta social, aunque se alega fundamentarse en "***la facultad de configuración legislativa en materia penal del Congreso de la República"*** en la práctica termina abriendo la puerta al desconocimiento de aspectos esenciales, de la naturaleza y razón de ser de un Estado Social y Democrático de Derecho, cómo es la garantía protección plena de de derechos humanos fundamentales como los mencionados. Como en el derecho las cosas se deshacen como se hacen el congreso Tiene la facultad legislativa deshacer esas reformas precisamente en el ejercicio de la facultad de configuración legislativa en materia penal que le asiste al legislador en un re-examen de dichas reformas, oportunidad que surge con este proyecto de ley. Así se desprende de otro aparte del pronunciamiento de la CIDH cuando dijo:

"24. La protesta pacífica ha cumplido un rol esencial en dar visibilidad a reclamos que requieren ser atendidos y voces que deben ser escuchadas. A su vez, ha contribuido a que las autoridades de los distintos niveles tengan una mejor comprensión de asuntos que afectan a la ciudadanía. La Comisión valora este momento como una oportunidad para el fortalecimiento del sistema democrático y la garantía de los derechos humanos."

Sí la regulación de este derecho fundamental es de tal envergadura que no se podía regular por una ley ordinaria sino por una ley estatutaria por ser un Derecho Fundamental, como lo dijo la sentencia C-742 de 2012, cómo es posible que en Colombia nos hayamos ido al otro extremo y en vez de ahondar en su protección lo hayamos elevado a la categoría de delito? Es hora para Colombia de que este nuevo congreso enderece un error histórico en la penalización de la protesta social

[5] Ministerio de Salud y Protección Social, Proyecto de Ley No. 010, mayo 2021

y se abre el camino para que muchos jóvenes que fueron llevados a la cárcel por este delito puedan nuevamente recobrar su libertad.

El camino en estos casos es el dialogo y la concertación social y no la criminalización como lo reitero la CIDH en este aparte:

"43. Particularmente, el artículo 2 del Decreto 003 de 2021 establece la primacía del diálogo y la mediación en las protestas. En tal sentido, señala que "las autoridades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial, están en la obligación de privilegiar el diálogo y la mediación en el desarrollo de las manifestaciones públicas, como elementos determinantes y principales dentro de la actuación de las autoridades administrativas y de policía (…) [l]a promoción del diálogo y la mediación serán permanentes, aun cuando los medios pacíficos de intervención se consideren agotados y se proceda al uso de la fuerza en los términos del presente protocolo"

En este mismo sentido dijo mas adelante:

165.-Ahora bien, la Comisión recuerda que, según ha señalado la Corte Interamericana, no basta con invocar genéricamente un objetivo legítimo pues los Estados no son libres de interpretar de cualquier forma su contenido[6]. A propósito de "la protección de los derechos de los demás" como objetivo que justifica limitar la libertad de expresión, la jurisprudencia interamericana ha sido clara en precisar que en los casos en que se impongan límites es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados y corresponde demostrarlo a la autoridad que impone la limitación[7]. Por su parte, cualquier afectación al "orden público" invocada como justificación para limitar el derecho a la protesta debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas[8]

Reiteramos que dichos parámetros apuntan a orientar como **se debe regular y restringir la reglamentación de la protesta social**, no para autorizar u "**ordenar**" a **su criminalización.**

El Congreso de la República debe también colocarse en la tarea de reglamentar el derecho a la protesta el cual se intentó resolver en gobiernos anteriores por medio

[6] CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre 2009, párr. 75
[7] CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre 2009, párr. 77
[8] CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre 2009, párr. 82.

del código nacional de policía sin ser este el camino no sólo por la materia que se pretendía regular sino porque al configurar reglamentación de un derecho fundamental es mandato del artículo de la constitución que se regule a través de ley estatutaria tal como lo dijo la CSJ en la citada decisión al decir:

"TERCERO: ORDENAR *a los demandados que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, insertar y facilitar la descarga del contenido completo y legible de este pronunciamiento, en la parte principal de sus respectivas páginas web y redes sociales, en un lugar visible y fácilmente identificable, hasta tanto el Congreso de la República emita una Ley Estatutaria que regule los alcances y limitaciones del derecho a la protesta pacífica."*

Es oportuno señalar que gran cantidad de lideres sociales y ciudadanos que ejercieron sus derechos constitucionales a la protesta, fueron penalizados a partir de "*obstrucción de vías*" y "*perturbar el transporte público*" y a partir de ese componente factico se construyó falsamente que no lo hicieron solos sino en asocio de otros para tejer hábilmente conciertos para delinquir. Luego se le sumo a ese "concierto" la intención de perturbar el orden público, alguno lanzó una papa bomba, otro quemó unas llantas, otro daño la estructura del trasporte masivo, para con todo eso, con hábil filigrana jurídica estructurar actos terroristas y sentar las bases para judicializarlos. Esa ultima parte del debate se resolverá en el terreno judicial, opero el sustrato factico de ello fueron los 2 delitos inicialmente señalados y que acá se propone reformar y/o derogar.

Se hace necesario en los nuevos rumbos para edificar una Colombia realmente humana y para fortalecer el ejercicio del derecho a la protesta por parte de los ciudadanos, junto con la libertad de expresión, reunión asociación y otros, qué se derogue el contenido del artículo 353 a igualmente se derogue el artículo 45 de la ley 1453 de 2011 que modificó e incrementó las penas del delito de perturbación de transporte público del artículo 353 del Código Penal, con base en los fundamentos ya planteados.

La idea de conservar y proteger el orden público, así como la seguridad ciudadana deben de replantearse, no castigando la protesta social sino fortaleciendo los instrumentos del Estado para realmente atacar las causas de la violencia endémica, las desigualdades sociales y la violación sistemática de los derechos del pueblo colombiano. tal como dijo usted en días recientes:

"Creo que tenemos la opción de construir entonces un concepto diferente de seguridad humana. Escoger bien a quién es el que hay que confrontar. No es el pobre, es la organización poderosa multicrimen".

Decimos con el líder Frances:

"Una injusticia hecha a un Individuo,

Es una amenaza hecha a toda la Sociedad"

Y …

"Para ser realmente grande, hay que estar con la gente,

no por encima de ella".

2). PROYECTO DE LEY POR MEDIO DEL CUAL SE DEROGAN LAS REFORMAS AL ART. 68A CON EL OBJETO DE HACER EFECTIVOS LOS BENEFICIOS LEGALES DE DETENCION Y PRISION DOMICILIARIA, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y OTROS BENEFICIOS, JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS:

Bajo la misma línea de argumentación se evidencia el ejercicio del derecho penal de enemigo y el abierto desconocimiento de los mencionados principios constitucionales que sirven de parámetro al derecho penal, cuando se regularon aspectos procesales que vienen incluidos en el código penal. específicamente hacemos alusión al contenido del artículo 68 A introducido en el año 2007, luego agravado en sus alcances de derecho penal maximalista en el año 2011 y con posteriores reformas que llegan incluso hasta 2014 y 2018.

La historia esta norma evidencia una combinación de incrementos punitivos con restricción de acceso a derechos y beneficios judiciales y administrativos en un número cada vez más frondoso de delitos. Así se ha hechos cada vez más inalcanzable su materialización efectiva y la vigencia de los principios contenidos en las normas rectoras del CP tales como:

"ARTÍCULO 1°. Dignidad humana. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

ARTÍCULO 2°. Integración. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código.

ARTÍCULO 3°. Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

ARTÍCULO 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.
La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

ARTÍCULO 5°. Funciones de la medida de seguridad. En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

ARTÍCULO 6°. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.
La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.
La analogía solo se aplicará en materias permisivas.

ARTÍCULO 7°. Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendra especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del Artículo 13 de la Constitución Política."

Dicha historia legislativa muestra cada vez un incremento mayor de delitos cuyos resultado ha sido el salvaje hacinamiento carcelario, lo que se evidencia en el siguiente cuadro con las modificaciones de la normatividad para este articulo en concreto:

Creación y reformas al art. 68 A: Exclusión de beneficios y subrogados:

art. 32, Ley 1142 de 2007	Art 28 Ley 1453 de 2011	art. 13, Ley 1474 de 2011	art. 32, Ley 1709 de 2014	art. 6 de la Ley 1944 de 2018
Adicionado	modifica	modifica	modifica	
Inciso 1	Inciso y parágrafo	Inciso 1 y 2	Inc 1 y 2 y paragr 1 y 2	Inciso 2

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.	No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza	No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional de los cinco (5) años anteriores Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por delitos contra la	No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración	Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos
	que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional. **Parágrafo**. El inciso anterior no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los	Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del	Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicacione	contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones

	preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.	artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.	s; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y	causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto

			nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución	peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

			de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. **Parágrafo** 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código. **Parágrafo** 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de	

			la ejecución de la pena.	

Lo ideal debe ser derogar el articulo 68 A del C.P. y en **dejar a criterio del juez, en cada audiencia, en cada caso concreto,** con fundamento en los elementos de juicio que las partes le entreguen, si hay lugar a conceder o no beneficios en uno u otro sentido o si en su lugar ha de negarlos por que se cumplan o no los requisitos legales para cada figura en concreto (domiciliaria, suspensión de la ejecución de la pena, etc)

En el peor de los casos, en la idea de un proceso gradual de ajuste de la legislación a los nuevos cambios por una justicia mas humana para una Colombia mas humana, a dejar solo el contenido del art. 68 A original que solo se limitaba a excluir beneficios y derechos "***cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores***".

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de estudiar este articulo demandado pero finalmente no decidió de fondo por fallas formales en la demanda presentada.

Honorables Presidente de la Republica en asocio de su Ministro de Justicia, presento a ud y los Presidentes de Senado y Cámara dentro de los 100 primeros días de su Gobierno para que sean estudiados e impulsados con mensaje de urgencia para que según su leal saber y entender se presenten con su visto bueno para su debate y posterior aprobación dentro de sus facultades legales y constitucionales.

(***NOTA: Estoy presto a contribuir en el desarrollo de estos proyectos.*** *Clave será atender posteriormente los alcances del principio de favorabilidad, la descongestión carcelaria ante la existencia de miles de personas privadas aun de la libertad por cuenta de restricción expresa de la ley.* ***Basta dejar en manos del juez la valoración de pruebas y argumentos para resolver acorde a constitución y ley sin prohibición expresa que resulta ser inconstitucional).***

Fraternalmente



JOSE FREDDY RESTREPO GARCIA
CC No. 16.693.480 de Cali
Abogado, Docente, Fiscal y Dirigente sindical del sector Justicia.

RECOMENDACIONES PARA EL FORTALECIMIENTO DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA A LA JUSTICIA:

Investigación, sanción y reparación de víctimas de corrupción.

Introducción:

La corrupción, al ser un fenómeno sistémico y estructural, requiere acciones igualmente estructurales para ser enfrentado. Es necesario considerar que el impacto de la corrupción trasciende la afectación al patrimonio público del Estado, cada acto de corrupción deja a su paso como víctimas a las personas, comunidades y la sociedad en su conjunto, razón por la que se hace necesario adoptar medidas para fortalecer la investigación de quienes cometen actos de corrupción.

Desde 2018, Transparencia por Colombia ha llevado a cabo acciones para el reconocimiento de las víctimas de corrupción y, para avanzar hacia su reparación integral. Las víctimas de la corrupción han sido históricamente invisibilizadas, lo que ha llevado al desconocimiento de sus derechos y a la necesidad de emprender acciones judiciales para obtener la reparación por los perjuicios ocasionados por este fenómeno.

A la luz del proyecto de ley bajo análisis, consideramos importante que la actual reforma al sistema judicial incluya en la discusión temas fundamentales asociados a la corrupción. Con este propósito presentamos tres aspectos que convendría el congreso incluya dentro del trámite: i) el fortalecimiento de las capacidades institucionales para promover la investigación y sanción de la corrupción, ii) la inclusión de un enfoque de reparación de víctimas de corrupción a favor de comunidades y personas y, iii) la importancia del principio de oportunidad para los casos de corrupción a través de la reparación integral de víctimas.

1. **Fortalecimiento de las capacidades institucionales para la investigación y sanción de la corrupción.**

El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional ha mostrado una ligera mejora en Colombia en los últimos años en la lucha contra este fenómeno. Sin embargo, el puntaje del país sigue siendo insatisfactorio; en la medición de 2023, Colombia obtuvo 40 puntos sobre 100[1], lo que evidencia los graves problemas de corrupción que aún enfrenta el país y que menoscaban los derechos de la ciudadanía.

Uno de los pilares fundamentales en la lucha contra la corrupción es garantizar la justicia a través de la investigación y sanción de estos actos. Poner en el centro de la discusión a las comunidades, las personas y la sociedad en su conjunto como víctimas de la corrupción, permitirá obtener una visión más amplia sobre los daños que genera el fenómeno y los factores contextuales que faciliten investigaciones más robustas.

[1] Disponible en: https://transparenciacolombia.org.co/colombia-mejora-ipc-2023/

En este sentido, es necesario que la reforma al sistema judicial colombiano incluya medidas que faciliten, promuevan y aseguren que quienes incurran en actos de corrupción que impacten negativamente en el goce de los derechos humanos de los ciudadanos reciban sanciones ejemplares y, que la recuperación de activos permita la debida reparación de las víctimas.

Transparencia por Colombia y Dejusticia llevaron a cabo la investigación "Nadar en mar abierto", que identificó obstáculos y buenas prácticas de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de la corrupción. Se identificaron 35 obstáculos, destacando, entre otros, la falta de capacidad técnica, la percepción negativa de la Dirección Especializada Contra la Corrupción, y la falta de incentivos institucionales y de investigaciones de alcance sistémico. Como consecuencia, se hicieron recomendaciones a corto, mediano y largo plazo, incluyendo el fortalecimiento de los funcionarios y adelantar acciones para realizar macro investigaciones de corrupción, entre otras.

En este sentido, cualquier medida normativa para garantizar celeridad en la resolución de los procesos judiciales debe estar acompañada de planes de acción enfocados en generar y potenciar las capacidades institucionales para identificar las tendencias en la comisión de los delitos, el comportamiento de los grupos criminales y finalmente, facilitar la investigación articulada de los grandes casos de corrupción.

2. **Inclusión de un enfoque de reparación de víctimas de corrupción a favor de comunidades y personas.**

El proyecto, en cuanto a las medidas para brindar celeridad al proceso y garantizar la reparación integral de las víctimas, no tiene un gran impacto en la sanción de los delitos asociados a la corrupción, ni en garantizar la reparación de las víctimas de corrupción diferentes al Estado, como comunidades, personas y a la sociedad en su conjunto.

Las modificaciones propuestas en los artículos 1 y 2 no contempla la reparación como una forma de terminación anticipada para los delitos contra la administración pública, que son los más relacionados con la corrupción[2]. La disposición solo se limita a los delitos específicos asociados con el orden económico y social tal como están reconocidos en el código penal y no incorpora una visión amplia que considere por ejemplo lo contemplado en parágrafo 1 del artículo 59 de la Ley 2195 de 2022.

Desde 2018, Transparencia por Colombia ha trabajado en el reconocimiento de las víctimas de corrupción y su reparación integral. Este esfuerzo ha sido fundamental para visibilizar los daños que la corrupción causa en los derechos de las personas y comunidades vulnerables, que han sido históricamente invisibilizadas y que deben ser reparadas por los perjuicios ocasionados.[3] Esto implica ampliar el enfoque que actualmente prevalece en el sistema penal, donde la única víctima de la corrupción es el Estado, resaltando así los daños sociales que genera este fenómeno. Para

[2] La corrupción como fenómeno se puede materializar por medio de diferentes delitos, estos han sido tipificados con el fin de proteger diversos bienes jurídicos. Transparencia por Colombia ha consolidado los delitos asociados a la corrupción, estos incluyen 5 delitos asociados al patrimonio económico, 4 a la fe pública, 4 al orden económico y social, 1 a la seguridad pública, 16 a los mecanismos de participación democrática, 31 asociados a la administración pública, 8 a la eficaz y recta impartición de justicia. El documento lo pueden consultar en: https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2023/05/delitos-asociados-a-la-corrupcion.pdf

[3] Disponible en: https://transparenciacolombia.org.co/wpcontent/uploads/2020/02/reparacion_corrupcion_isbn.pdf

lograrlo, es necesario contar con una institucionalidad articulada que reconozca a las comunidades como víctimas y les brinde la posibilidad de participar en los procesos, especialmente en los de carácter penal[4].

Por otro lado, la reparación que debe otorgarse ha de ser integral, superando su carácter indemnizatorio. Debe incluir medidas de rehabilitación del tejido social y garantías de no repetición de hechos de corrupción, enfatizando la adopción de medidas preventivas contra este fenómeno.

3. **Importancia del principio de oportunidad para los casos de corrupción a través de la reparación integral de víctimas**

El artículo 11 aborda el principio de oportunidad, priorizando la reparación a las víctimas como requisito para extinguir la acción penal, lo cual es un aspecto importante en los delitos de corrupción. En particular, el primer numeral del artículo establece que el principio de oportunidad se concederá cuando se apliquen los mecanismos de justicia restaurativa reconocidos en el presente código y en los estándares internacionales, y se hayan cumplido las condiciones allí establecidas. Esto genera ciertas dudas, ya que:

- En el Código Penal no se mencionan los mecanismos de justicia restaurativa. Aunque la Fiscalía General de la Nación cuenta con la Resolución 0383 de 2022, que adopta el Manual de Justicia Restaurativa, la referencia directa al Código Penal sin especificar cuáles son estos mecanismos podría inducir a error.
- No están claros cuáles son los estándares de derecho internacional a los que se refiere este numeral.
- La conjunción "y" sugiere que deben cumplirse todas las condiciones para que el principio de oportunidad sea procedente y legal. La forma en que se propone otorgar este beneficio podría dificultar su aplicación por parte de los jueces, aumentando el riesgo de interpretaciones erróneas que beneficien a los imputados en perjuicio de las víctimas. Sin una reparación integral y mecanismos que prevengan la repetición, el principio perdería eficacia.

Es importante aclarar que el principio de oportunidad en los procesos por delitos de corrupción es un mecanismo relevante para abordar casos de gran corrupción y desarticular las grandes organizaciones criminales que afectan los derechos de la ciudadanía. Por ello, es esencial considerar en el presente proyecto que este mecanismo permita asegurar la reparación integral para las víctimas de corrupción por medio de la consecución de la verdad y la garantía de no repetición tras la desarticulación de las organizaciones criminales.

Desde Transparencia por Colombia, celebramos la intención de asegurar la reparación de las víctimas; sin embargo, invitamos a esta honorable Comisión a considerar la importancia de este mecanismo en los casos de corrupción.

[4] Disponible en: https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/2024/08/Documento-de-perspectiva-sistemica-para-la-reparacion-del-dano-causado-por-corrupcion-.pdf

Dirigir la atención hacia las comunidades vulnerables afectadas por este flagelo nos permitirá avanzar hacia una sanción efectiva, la protección de los derechos humanos y la garantía de no repetición de hechos de corrupción. El enfoque de justicia restaurativa que se busca incorporar en esta reforma, en el contexto de la lucha contra la corrupción, permite un abordaje más integral y pone de manifiesto casos de corrupción sistémica, promoviendo escenarios de no repetición en los que participe la sociedad civil y la ciudadanía.

Anexos

- La reparación de las víctimas de la corrupción en Colombia: enfoque, exploración de ruta jurídica y elementos para una metodología de tasación: en este documento se hace una aproximación conceptual sobre las víctimas de corrupción y la necesidad de su reparación integral, así como una aproximación metodológica para tasar el daño causado por corrupción.
- Nadar en Mar Abierto: documento que recoge los obstáculos, buenas prácticas y recomendaciones en la investigación de casos de corrupción por parte de la Fiscalía General de la Nación.
- Hoja de ruta para la reparación del daño causado por corrupción para organizaciones de sociedad civil: El documento plantea una Hoja de Ruta para que OSC, emprendan acciones para lograr una reparación integral del daño causado por corrupción.
- Perspectiva sistémica de la reparación al daño causado por la corrupción: El documento plantea los procesos y procedimientos claves para que las entidades se articulen para el reconocimiento de las víctimas de corrupción y su reparación integral.

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

RADICADO NO.: 20240401000636381

BOGOTA, 23 octubre 2024.

SENADOR
ARIEL ÁVILA
PRESIDENTE
COMISIÓN PRIMERA DEL SENADO SENADO DE LA REPÚBLICA

BOGOTA D.C.

Asunto: CONCEPTO PROYECTO DE LEY NO. 281/2024 - SENADO

Respetado Senador, reciba un cordial saludo.

La Defensoría del Pueblo, como garante de los derechos humanos y constitucionales en Colombia, se permite emitir el presente concepto respecto al proyecto de Ley No. 281/2024 de *"Por medio del cual se modifican las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 del 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz."*, el cualpropone reformas sustanciales al Código de Procedimiento Penal, y que puede presentar algunos riesgos tanto para el desarrollo legislativo como para la garantía efectiva de los derechos de mujeres, niñas, niños, adolescentes y personas con identidades de género diversas, en particular aquellas en condiciones de vulnerabilidad.

A continuación, se presentan las principales consideraciones en las que fundamenta la posición de la Defensoría del Pueblo sobre la iniciativa legislativa en cuestión.

1. **Breve descripción del objeto del proyecto de ley**

El proyecto consta de 13 artículos que, en términos generales, propenden por la garantía de una administración de justicia pronta y efectiva en materia penal. La iniciativa legislativa describe los siguientes ejes temáticos: 1) Consagra la reparación integral de perjuicios como causal de procedencia de la preclusión de la actuación penal frente a algunos delitos de menor entidad; 2) suprime las restricciones a la concesión de beneficios punitivos por allanamiento a cargos o preacuerdos y negociaciones[1]; y 3) amplía los supuestos de aplicación del principio de oportunidad y facilita su trámite, así como el aseguramiento de la prueba resultante de la aplicación del señalado principio.

Conviene destacar que el proyecto de ley (i) NO suprime la prohibición de penas sustitutivas, subrogados penales o beneficios administrativos para los autores o partícipes de delitos contra la vida, la libertad, o la integridad, libertad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes; (ii) deja incólume la imprescriptibilidad de la acción penal frente a estas conductas; y (iii) no modifica las penas aplicables a los responsables de las conductas punibles señaladas. La iniciativa, básicamente, pretende posibilitar que las personas imputadas por estas conductas delictivas puedan allanarse a cargos o celebrar preacuerdos con la Fiscalía, obteniendo una reducción punitiva sustancialmente inferior a la que se aplicaría a los responsables por otras conductas delictivas que aceptaran su responsabilidad.

2. **Justificación político criminal del proyecto de ley**

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

Debe reconocerse que la pena en abstracto carece de aptitud para disuadir la comisión de nuevos delitos, pues el fin preventivo general de toda sanción penal está asociado a su efectiva imposición y no a su rigor.

Las cifras de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, entre los que se incluyen las conductas cometidas contra niños, niñas y adolescentes, ratifican este postulado. Más exactamente, el porcentaje de delitos de esta naturaleza por cada cien mil habitantes no ha parado de aumentar desde la aprobación de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia)[2].

Año	Número de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual por 100 mil habitantes
2006	16,6
2007	17
2008	16,1
2009	17,9
2010	15,6
2011	18,5
2012	25,5
2013	25,8
2014	27,9
2015	47,4
2016	51,2
2017	59,8
2018	76,3
2019	77,3
2020	61,5
2021	68,4
2022	53,6
2023	45

Tabla 1. Número de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual por 100 mil habitantes

Como puede advertirse, no existe ninguna correlación entre el número de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual y la prohibición de concesión de rebajas punitivas por allanamiento a cargos o preacuerdos o negociaciones.

Por el contrario, lo que puede advertirse es un aumento del número de sentencias absolutorias proferidas por los jueces penales desde la aprobación de la Ley 1098 de 2006, lo que, es probable, obedece al aumento de actuaciones que llegan a esta etapa en virtud de la anotada prohibición de beneficios punitivos producto de allanamiento a cargos o preacuerdos[3], tal como se observa en gráfica anexo al presente documento.

Igualmente se identifica un aumento desmedido del número de procesados que recobran su libertad en atención al vencimiento de los términos procesales pertinentes.

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

Sea que exista o no una relación de causalidad entre la prohibición de la Ley 1098 de 2006 y este fenómeno, lo cierto es que la situación anotada pone de presente que, en este escenario normativo, existe niños, niñas y adolescentes recobren su libertad antes de que se profiera un fallo en su contra, lo que constituye la más gravosa desatención de los derechos de las víctimas. Sobre el particular, la Corporación Excelencia en la Justicia[4] muestra gráfica de las libertades por vencimiento de términos, la cual se anexa a la presente.

Como puede advertirse, existen razones de peso, suficientemente documentadas, que recomiendan un ajuste del ordenamiento procesal penal que permita un mayor uso de los instrumentos de justicia consensuada o premial, como condición para la efectiva imposición de las penas que merecen quienes han infringido la ley penal.

3. **Los riesgos para la garantía efectiva de los derechos de las víctimas que supone la reforma en materia de preacuerdos y negociaciones**

Si bien, en abstracto, los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación no se ven lesionados por el hecho que se admita la celebración de preacuerdos en los eventos hoy proscritos por la Ley 1098 de 2006, debe reconocerse que, en el pasado, se ha hecho un uso inadecuado de estas figuras para avalar tipificaciones que escapan a cualquier sentido material de justicia. Por esta razón, como se expondrá más adelante, sugerimos que en estos eventos se consagre un auténtico control material por parte del juez llamado a verificar la legalidad del preacuerdo, quien debe constatar que los términos de este respetan los derechos de las víctimas.

La Corte Constitucional, en sentencias como la C-1260 de 2005 y la C-491 de 2023, ha subrayado que el control judicial de los preacuerdos debe garantizar el respeto a los principios de legalidad y la protección de los derechos fundamentales, especialmente en delitos de alta gravedad como los sexuales contra niños, niñas y adolescentes. La Corte ha establecido que el legislador debe actuar dentro de los límites del principio de legalidad y de la reserva de ley, asegurando que la tipificación de las conductas y la concesión de beneficios punitivos se ajusten a criterios claros y preexistentes. Este marco normativo es esencial para evitar arbitrariedades en la adecuación típica y garantizar una respuesta proporcional del sistema penal a los delitos sexuales contra menores de edad.

En este análisis, se considerarán las diferentes posturas de la Corte Suprema de Justicia sobre el control de los preacuerdos y su coherencia con los principios constitucionales establecidos por la Corte Constitucional.

La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado tres posturas principales sobre el control judicial de los preacuerdos en el sistema penal acusatorio. Estas tres posturas, rechazo del control material,[5] control amplio[6] y control restringido[7], son fundamentales para la implementación de la reforma del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, ya que definen el alcance del control judicial y la manera en que los jueces deben abordar los preacuerdos en casos de delitos sexuales contra menores de edad.

La postura de rechazo del control material sostiene que el control judicial de los preacuerdos debe ser meramente formal, sin intervención en la adecuación típica ni en la calificación jurídica de la conducta. La Corte ha argumentado que la Fiscalía es la parte acusadora en el sistema penal acusatorio y que el juez debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales del preacuerdo. Si esta postura se aplicara a la reforma del artículo 199, podría limitar la capacidad del juez para garantizar que los preacuerdos sean proporcionales y respeten los derechos de las víctimas. Esto podría ser problemático en delitos sexuales contra menores de edad, ya que la revisión meramente formal podría permitir la aprobación de preacuerdos que no

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

reflejen adecuadamente la gravedad de la conducta ni la necesidad de proteger a las víctimas de la revictimización.

La implementación de esta postura podría socavar el objetivo de la reforma de garantizar una justicia más efectiva, ya que los jueces no podrían intervenir para corregir preacuerdos que no se ajusten a los hechos probados o que sean desproporcionados. Esto podría llevar a resultados injustos y a una percepción de impunidad, afectando la confianza en el sistema penal y en la protección de los menores de edad. Al limitar el papel del juez al control formal, la reforma podría fallar en garantizar una adecuada protección de los derechos de las víctimas, especialmente el derecho a la justicia, la verdad y la reparación.

La segunda postura permite **un control material más profundo** por parte del juez, incluyendo la verificación de la adecuación típica y la proporcionalidad de la sanción. Se basa en la Sentencia C-1260 de 2005, que establece que el juez debe asegurar que el preacuerdo respete el principio de legalidad y no comprometa garantías fundamentales. Esta postura **sería más coherente con los objetivos de la reforma, ya que permitiría a los jueces revisar de manera más completa los preacuerdos en casos de delitos sexuales contra menores de edad. Al garantizar un control más estricto de la adecuación típica y de la proporcionalidad de la sanción, esta postura aseguraría que la rebaja punitiva sea justa y adecuada, protegiendo tanto los derechos de las víctimas como la integridad del sistema penal.**

La adopción de esta postura en la implementación de la reforma contribuiría a una justicia más efectiva y equitativa, ya que permitiría a los jueces intervenir en los preacuerdos para garantizar que estos sean proporcionales y respeten los principios de justicia material. Además, esta postura facilitaría la protección del derecho a la verdad, justicia y reparación de las víctimas, al evitar acuerdos que minimicen la gravedad de la conducta. Esto también reforzaría la confianza en el sistema penal, al asegurar que los beneficios punitivos se apliquen de manera proporcional y justa.

La tercera postura reconoce un control material más limitado, permitiéndolo solo en casos excepcionales donde se evidencie una violación manifiesta de derechos fundamentales. Este enfoque busca un equilibrio entre la eficiencia del proceso penal y la protección de garantías constitucionales, evitando que el juez asuma un rol acusador. Si se adopta esta postura en la implementación de la reforma, el control judicial se limitaría a casos en los que se presente una transgresión evidente de los derechos fundamentales, lo cual podría ser adecuado en delitos sexuales contra menores de edad, donde la gravedad de la conducta justifica una intervención más rigurosa. Esto permitiría mantener la eficiencia del proceso penal al tiempo que se asegura la protección de los derechos de las víctimas y la proporcionalidad de la sanción.

Esta postura podría ser vista como un compromiso aceptable entre la necesidad de eficiencia procesal y la protección de derechos fundamentales. Aunque el control judicial sería más restringido, la posibilidad de intervención en casos de violaciones manifiestas aseguraría que no se aprueben preacuerdos que comprometan la justicia material o la protección de las víctimas. Sin embargo, es fundamental que los criterios para aplicar este control sean claros y bien definidos, para evitar interpretaciones subjetivas que puedan socavar la coherencia de la reforma.

Respecto al enfoque de género, la aplicación de estas figuras de terminación anticipada, podrían evitar el vencimiento de términos y procesos más desgastantes y revictimizantes para las víctimas, pero también podrían configurar un riesgo en relación con los derechos de las mujeres y personas OSIGD, de ser aplicadas con base en estereotipos de género, desconociendo la dinámica y el contexto particular de estas violencias, así como los derechos reconocidos a nivel internacional.

En relación con el uso de estereotipos de género, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, han reconocido el riesgo en la investigación y judicialización de casos de violencias basadas en género, que solo es atendido con la integral incorporación del enfoque de género, aspecto que tendría que nombrarse de manera expresa en el proyecto de ley analizado.

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

La Corte Suprema de Justicia[8], al plantear, que "*no significa que en materia de valoración de la prueba y de estándar probatorio, la aplicación de una perspectiva de género pueda traducirse en un enfoque diferencial que fracture la imparcialidad, pues la ponderación de las pruebas debe estar guiada por criterios generales de racionalidad a fin de dar por acreditada o no, la responsabilidad del procesado. A lo que no pueden acudir los funcionarios judiciales es a la utilización de estereotipos y prejuicios machistas o patriarcales para fundar sus decisiones, como se deriva de los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, relativos al curso de la investigación y la práctica y ponderación de las pruebas en casos de violencia sexual, sin desconocer caros principios como la presunción de inocencia del acusado y la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía*".

Por su parte, la Corte Constitucional[9], ha reconocido el riesgo del uso de estereotipos de género en la investigación de casos de violencias basadas en género, "*analizar con perspectiva de género los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas [de violencia]: i) no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios, y; iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión -constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación 'pro fémina', esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima.*"

El abordaje de casos a partir de estereotipos de género, podría implicar un valoración menor de la gravedad de los hechos, que haga utilizar estas figuras no como medio para la celeridad de la justicia, sino como excusa para no adelantar investigaciones integrales, por considerar que son delitos de menor relevancia.

Por lo anterior, debe establecerse de manera expresa que la justicia premial, o los mecanismos anticipados de terminación, preacuerdos y negociaciones, deben armonizarse con los deberes del Estado colombiano en materia de derechos de las mujeres, tales como, el artículo 7 de la Convención Belem do Pará, que plantea el deber de "establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para **asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces**"[10].

La emisión temprana de decisiones judiciales a través de mecanismos de terminación anticipada, como la aceptación de cargos o acuerdos entre las partes, no puede estar por encima de los derechos de las víctimas, especialmente cuando se trata de mujeres víctimas de violencia de género o personas OSIGD víctimas de violencia por prejuicio. En estos casos, la prioridad debe ser la protección integral de la víctima, el reconocimiento de su sufrimiento y la garantía de justicia.

Por otra parte, en relación con los derechos de niñas, niños y adolescentes, el numeral 4º del propuesto artículo 11, que modifica el artículo 324 de la ley 906 de 2004, desconoce el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, reconocido en la Convención de los Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General No. 14[11], especifica, que el concepto "interés superior" abarca tres dimensiones: i) como derecho sustantivo; ii) como principio jurídico de interpretación, y iii) como norma de procedimiento.

i) Respecto de su alcance como derecho sustantivo, se refiere a que este concepto demanda que el interés superior:

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

"(...) sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general".

De este modo, la consideración del interés superior se convierte en una obligación que debe ser reconocida por los Estados, de aplicación inmediata y que puede ser invocada ante un tribunal.

ii) Como principio jurídico de interpretación, demanda que en aquellas circunstancias donde pueda ser admisible más de una interpretación respecto de la aplicación de un derecho, prevalecerá aquella que reconozca de manera más efectiva el interés superior del niño.

iii) Como norma de procedimiento, entraña para el operador jurídico, juez, o autoridad administrativa, respecto de escenarios donde se deban tomar decisiones que afecten a un niño o niña, que deben considerarse las consecuencias para él o ella, y contar con la motivación y justificación del sentido de la decisión.

Contrario a lo expuesto por el Comité, el numeral 4º del artículo en comento abre la posibilidad para que las y los menores de edad que hacen parte del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, puedan ser utilizados con fines de inteligencia, a cambio de su colaboración con la justicia brindando información sobre grupos delictivos, al incentivar su colaboración con la justicia a cambio de pactar inmunidad total o parcial.

Al respecto, si bien el artículo 176 del Código de Infancia y Adolescencia, prohíbe de manera expresa la utilización de menores de edad que hayan sido desvinculados de grupos armados al margen de la ley, en actividades de inteligencia, tal prohibición debe extenderse a aquellos menores de edad que son víctimas de reclutamiento, uso y utilización por parte de grupos del crimen organizado y que por tal motivo ingresan al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

El riesgo inminente de la colaboración con la justicia o la consecuente utilización en actividades de inteligencia, no sólo atenta contra el interés superior de niñas, niños y adolescentes, sino que pone en peligro su integridad física y la de sus familiares.

4. Riesgos asociados al abordaje de la reparación integral sin tomar en cuenta el interés superior de niñas, niños y adolescentes y el enfoque de género

El proyecto de ley no establece jurídicamente cómo se repara de manera integral y diferenciada (incluyendo la aplicación del enfoque de curso de vida) a menores de edad en su calidad de víctimas del delito, ni la restitución de sus condiciones previas a la ocurrencia de los hechos delictivos, los niños, niñas y adolescentes deben ser considerados como partícipes y agentes de su propio futuro, y en tal sentido se debe reconocer su voz.

Asimismo, al incurrir en tal omisión, también desconoce las diferencias existentes entre las diferentes etapas de la infancia y la adolescencia, atendiendo a sus procesos de formación física, mental y emocional.

Al igual que en la reparación integral de víctimas de violencia de género, se ha reconocido la importancia de tener una comprensión amplia del daño que estas violencias causan, cuyo continuum y ciclos de violencia, pueden generar incluso dificultades para reconocerse a sí mismas como víctimas, dificultades para salir de esas dinámicas de violencia y así lograr medidas integrales de protección, acceso a la justicia y reparación.

En relación con la violencia en el ámbito familiar, la Corte Constitucional en sentencia SU 080 de 2020, plantea que: "*El resarcimiento, reparación o compensación de un daño, no se encuentra ocluido, limitado o incluso negado, porque la fuente del daño comparta con el afectado, un*

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

espacio geográfico determinado -el hogar- o porque existan lazos familiares. Al contrario, es posible asentar con firmeza, que los daños que al interior del núcleo familiar se concreten, originados en la violencia intrafamiliar, obligan la actuación firme del Estado para su sanción y prevención, y en lo que dice relación con el derecho de familia, es imperativo el consagrar acciones judiciales que posibiliten su efectiva reparación, pues, de nada sirve que normas superiores (para el caso, la Convención de Bélem do Pará y el art. 42-6° C. Pol.) abran paso a la posibilidad de tasar reparaciones con ocasión de los daños que la violencia intrafamiliar genere, si a su vez no se consagran las soluciones que posibiliten su materialización".

De igual forma, el impacto colectivo y la dimensión social de estas formas particulares de violencia, hace que la reparación y por ejemplo, las garantías de no repetición, dependan del nivel de tolerancia social a las violencias y requieren acciones contundentes, para reconocer la subordinación, machismo y prejuicio que pueden estar detrás de muchos casos de violencias basadas en género. **El proceso judicial, debe develar las desigualdades estructurales en el marco del sistema patriarcal, en el cual se convive, y el desconocimiento de este reto, haría que el sistema judicial perpetúe las desigualdades, que deben ser atendidas, además, desde una perspectiva interseccional, que permitan visibilizar las barreras adicionales que, por razones como pertenencia étnica, edad, discapacidad, entre otras, puedan presentarse.**

Las víctimas de violencia de género experimentan en muchos casos, traumas profundos que afectan su bienestar mental y emocional, como el trastorno de estrés postraumático (TEPT), ansiedad y depresión. Estos problemas psicológicos a menudo requieren intervención profesional y un tratamiento prolongado.

Si el uso de figuras como la reparación integral, para aplicar mecanismos como la extinción de la pena, desconocen esta perspectiva tanto de género como interseccional, se terminarían centrando únicamente en la compensación económica, y representaría un retroceso en los avances conseguidos en este tema. La reparación económica, aunque útil, puede parecer una solución superficial que no aborda la raíz del problema. Las víctimas necesitan un espacio seguro para procesar sus experiencias, y eso requiere un enfoque más integral que combine la compensación material con el apoyo emocional.

Finalmente, es imperativo que las políticas públicas y los sistemas de justicia consideren la salud mental como un componente esencial de la reparación integral. Invertir en servicios de salud mental y en la formación de profesionales para que comprendan las complejidades del trauma por violencia de género es crucial. Solo así se podrá garantizar que las víctimas reciban un apoyo adecuado que les permita no solo sobrevivir, sino también prosperar tras haber enfrentado experiencias traumáticas. Sin este enfoque holístico, la reparación económica, por más significativa que sea, se convierte en un esfuerzo incompleto.

5. Acerca de la necesaria concertación de la política criminal del Estado con las organizaciones y las expresiones de mujeres

El Ministerio de Igualdad, Ministerio de Justicia, comisionadas para la reforma a la justicia, organizaciones y expresiones de mujeres, presentaron la propuesta de incorporación del enfoque de género en la reforma a la justicia en mayo de 2024, en un espacio llamado "Caucus por una justicia con enfoque de género", que buscaba, a) identificar instrumentos para la inclusión de la justicia especializada para violencias basadas en género (VBG) y violencias por prejuicio (contra mujeres, niñas y personas LGBTIQ+); b) Crear la justicia especializada de género.

En nuestro sentir, el proyecto bajo análisis no responde a este contexto de conversación más amplia, que, entre otros temas, buscaba una reforma a la justicia que condujera a cambios trascendentales en relación con la incorporación del enfoque de género, por lo cual este proyecto de ley y cualquier otro, debe enmarcarse en esa conversación amplia y acordada con sociedad civil, academia y otros sectores de la institucionalidad, lo anterior como forma de generar mayor legitimidad y apropiación de los cambios normativos, que a su vez permiten un ejercicio de veeduría y seguimiento de la efectividad de estas apuestas de reforma.

Desde la Defensoría del Pueblo, se destaca que el derecho penal es fundamental para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres y para ello de acuerdo con las recomendaciones

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

de la CEDAW 33[12] los Estados deben a) ejercer (...)"la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y ofrecer reparación por todos los delitos cometidos contra mujeres, ya sea perpetrados por agentes estatales o no estatales; b) **Garanticen que la prescripción se ajusta a los intereses de las víctimas;** c) Tomen medidas eficaces para proteger a las mujeres contra la victimización secundaria en su interacción con las fuerzas del orden y las autoridades judiciales y consideren la posibilidad de establecer dependencias especializadas en cuestiones de género dentro de las fuerzas del orden y los sistemas penales y de enjuiciamiento; d) **Tomen medidas apropiadas para crear un entorno de apoyo que aliente a las mujeres a reclamar sus derechos, denunciar delitos** cometidos contra ellas y participar en los procesos de la justicia penal; y tomen medidas para prevenir las represalias contra las mujeres que recurren al sistema de justicia. **Deben tratar de establecer un sistema de consultas** con grupos de mujeres y organizaciones de la sociedad civil para elaborar leyes, políticas y programas en esta esfera."

6. Conclusiones y recomendaciones

Debe reconocerse que los problemas operativos de la administración de justicia penal pasan, cuando menos en parte, por la ausencia de un uso significativo de los mecanismos de justicia consensuada o premial, como el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones. De igual modo, es evidente que no existe una correlación lógica entre la severidad en abstracto de las penas y el fin preventivo general de las sanciones penales, de modo que de nada sirven penas estrictas que no son efectivamente aplicadas.

En este sentido, no se plantea que la única forma de garantizar el enfoque de género sea a través del punitivismo, es decir, el aumento de penas y la restricción de beneficios, al contrarios, consideramos desde la Defensoría, que estas medidas de populismo punitivo, no deben ser el camino de la conversación, pero desde la experiencia en el acompañamiento de casos de niños, niñas, adolescentes, mujeres y personas OSIGD, es necesario que las medidas procesales no permitan correr el riesgo de en la práctica, desconocer los derechos ya alcanzados en el proceso penal, tanto por las víctimas en general como para estos grupos en particular.

En particular, resulta importante asegurar la participación de las víctimas y organizaciones defensoras de derechos humanos en el diseño de la política criminal, toda vez que la articulación con la sociedad civil, y personas expertas en el acompañamiento de poblaciones específicas, es esencial para garantizar la efectividad y legitimidad de cualquier reforma que busque mejorar la justicia, así como para visibilizar las barreras y obstáculos que en el acompañamiento se han identificado.

Solamente, planteando medidas expresas y claras, se podrá prevenir que un preacuerdo o principio de oportunidad, desconozca el contexto y motivación por estereotipos de género o prejuicios relacionados con la orientación sexual o identidad de género de la víctima. Es fundamental asegurar que el acuerdo no envíe un mensaje de permisividad hacia la violencia y la evaluación debe incluir un enfoque diferencial que considere la vulnerabilidad de las víctimas y los impactos sociales del delito.

También se recomienda, la inclusión de obligaciones de reparación simbólica y garantías de no repetición en los acuerdos, lo cual puede incluir disculpas públicas, participación en programas educativos contra la discriminación y seguimiento a las conductas del agresor, sin restringir el marco amplio en el que se puede avanzar en materia de reparación.

En este mismo sentido, si bien no hace parte específica del articulado, desde la Defensoría se ha recomendado en distintos informes defensoriales[13] la capacitación continua de fiscales y jueces en enfoques de género y enfoques diferenciales, toda vez que esto permitirá a los operadores judiciales comprender las dinámicas de la violencia contra las mujeres y personas OSIGD- LGBTI y aplicar correctamente los marcos jurídicos. Esto reduciría decisiones basadas en prejuicios o desconocimiento, garantizando una administración de justicia más justa y equitativa.

Esta capacitación, debe ir acompañada de una respuesta coordinada, integral y amplia de las distintas instancias competentes, para garantizar la prevención, atención, protección y acceso a la justicia de las víctimas de este tipo de violencia. Si bien el marco amplio de respuesta

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

institucional, no tiene que estar regulado por el proyecto de ley estudiado, es necesario que en razón a los riesgos evidenciados y a su vez las ventajas planteadas, el análisis, debate y construcción permita abordar los diferentes matices de esta problemática, relacionados con las mejoras institucionales, implementación de mecanismos, acciones efectivas de prevención, estrategias que enfrenten la tolerancia social y enfoque de género, que permita avanzar en la eliminación de la violencia institucional que enfrentan las víctimas en el acceso a la justicia desde las comisarias de familia, policía, FGN y todos los actores del sistema.

Para asegurar que la modificación de *las leyes 599 de 2000, 906 de 2004, 1098 de 2006, 1121 del 2006 y 1453 de 2011, en relación con la figura de la reparación integral, la concesión de beneficios por allanamientos y preacuerdos, y la aplicación del principio de oportunidad, entre otras reformas orientadas a garantizar una administración de justicia penal pronta y eficaz* cumpla con los principios constitucionales y la protección de derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes recomendaciones:

a. Incorporar los derechos de las víctimas y el enfoque de género en la propuesta.
b. Adoptar un control judicial material amplio en los preacuerdos de delitos sexuales contra menores de edad, permitiendo a los jueces revisar la adecuación típica y la proporcionalidad de la pena de manera integral.
c. Establecer directrices claras para la aplicación de la reforma, asegurando que los fiscales y jueces comprendan los límites y principios que deben guiar la adecuación típica y el control de los preacuerdos, entre ellos la incorporación del enfoque de género y la garantía del interés superior de niños y niñas.
d. Precisar que, en los casos señalados en la Ley 1098 de 2006, el preacuerdo únicamente podrá consistir en la aceptación pura y simple de responsabilidad, de modo que no podrá pactarse la concesión de penas o el uso de marcos punitivos distintos a los previstos en el correspondiente tipo penal.
e. Implementar un monitoreo riguroso de la aplicación de la reforma, evaluando su impacto en la celeridad judicial y la protección de derechos fundamentales, y ajustando su implementación conforme a los resultados.
f. Fortalecer la capacitación de jueces y fiscales en la aplicación de la reforma, garantizando que comprendan la importancia de respetar los principios de justicia material y proporcionalidad en casos de delitos sexuales contra menores de edad.
g. Así mismo, se debe fortalecer la capacidad técnica e investigativa de la FGN en la consecución de los medios probatorios que determinen la responsabilidad del procesado.
h. Considerar la salud mental como un componente esencial de la reparación integral.
i. Incorporar obligaciones de reparación simbólica y garantías de no repetición en los acuerdos, lo cual puede incluir disculpas públicas, participación en programas educativos contra la discriminación y seguimiento a las conductas del agresor.
j. Que para la procedencia de la rebaja por allanamiento a cargos o preacuerdos y negociaciones en los casos bajo análisis se obligue al procesado a pagar una contribución con destino al fondo de reparación colectiva administrado por la Defensoría del Pueblo.
k. Inclusión en la discusión a organizaciones y expresiones de la sociedad civil, expertas y academia, que conoce y ha analizado las barreras al acceso a la justicia en casos de violencias basadas en género.

Por todo lo anterior, solicitamos respetuosamente al Honorable Congreso de la República que revise el proyecto de ley con el fin de garantizar la integración de las recomendaciones aquí dispuestas en cada una de las disposiciones pertinentes. Esto permitirá no solo el cumplimiento de los compromisos nacionales e internacionales, sino que también fomentará la construcción de un sistema de justicia penal que respete y promueva la igualdad, la no discriminación y la protección efectiva de los derechos fundamentales de toda la ciudadanía, que se articule con la necesidad de avanzar en la celeridad, efectividad y certeza del sistema de justicia, en particular el penal. Una Reforma a la Justicia con perspectiva de infancia y de género no es solo una opción legislativa, sino un paso imprescindible hacia una sociedad más justa e inclusiva.

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

Cordialmente,

[1] En lo que hace a los delitos contra la vida, la libertad personal, la integridad, la libertad y la formación sexual de niños, niñas y adolescentes, se prevé, en el artículo 7º de la iniciativa legislativa, que "En caso de celebración de preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado o de allanamiento a cargos, se concederá la mitad de la rebaja prevista en los artículos 351, 352, 356-5 y 367 del Código de Procedimiento Penal".

[2] Corporación Excelencia en la Justicia. Las cifras señaladas, que responden al número de noticias criminales por año, pueden consultarse en: https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/delitos-sexuales-en-colombia-por-cada-100-000-habitantes/ [consultado el 14.10.24].

[3] Corporación Excelencia en la Justicia. https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/composicion-de-las-sentencias-emitidas-en-juicio-oral-en-el-sistema-penal-acusatorio-colombiano/ [consultado el 21 de octubre de 2024]

[4] Corporación Excelencia en la Justicia. https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/libertades-por-vencimiento-de-terminos-en-colombia/ [consultado el 21 de octubre de 2024].

[5] Sentencia CSJ AP, 15 de julio de 2008, definición de competencias 29994; CSJ SP, 21 de marzo de 2012, casación 38256; CSJ SP, 19 de junio de 2013, casación 37951; CSJ AP, 14 de agosto de 2013, segunda instancia 41375 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, segunda instancia 39886. (Citadas por la Corte Constitucional en a Sentencia SU-479 de 2019).

[6] Sentencia CSJ SP, 12 de septiembre de 2007, casación 27759 y la sentencia CSJ SP, 8 de julio de 2009, casación 3128 ((Citadas por la Corte Constitucional en a Sentencia SU-479 de 2019).

[7] Sentencia CSJ SP, 6 de febrero de 2013, casación 39892; CSJ SP9853-2014, 16 de julio de 2014, casación 40871; CSJ AP6049-2014, primero de octubre de 2014, segunda instancia 42452; CSJ, SP13939-2014, 15 de octubre de 2014, casación 42184; y CSJ SP14842-2015, 28 de octubre de 2015, casación 43436 (Citadas por la Corte Constitucional en a Sentencia SU-479 de 2019).

[8] Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, SP451 de 2023, Radicado N° 64028

[9] Corte Constitucional. Sentencia SU –080 de 2020

[10] https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html

[11] Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

[12] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer Recomendación general núm. 33 CEDAW/C/GC/33. Consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf

[13] Una Radiografía del Prejuicio. Informe anual de derechos humanos de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas -OSIGD-LGBTI. 2023, Entre la desigualdad y el prejuicio: Situación de derechos humanos de las mujeres y las personas OSIGD. 2024, Una Radiografía del Prejuicio. Informe anual de derechos humanos de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas -OSIGD-LGBTI. 2024.

~~1234567891011213~~

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

LISA CRISTINA GOMEZ CAMARGO
LISGOMEZ
PARA LOS DERECHOS DE LA MUJERES Y GENERO
Aprobado el: 23/octubre/2024 05:56:07 p. m.
Hash: CEE-f6caa260f572c7eff06c2a04af944c3972180ef3

Anexo:

	Nombre del funcionario	Documento Firmado Digitalmente
Proyectó y elaboró	Lisa Cristina Gomez Camargo	lisgomez [23/octubre/2024 05:56:07 p. m.]
Aprobó	Lisa Cristina Gomez Camargo	lisgomez [23/octubre/2024 05:56:07 p. m.]

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

Señor ciudadano, para la Dfensoría del Pueblo es Muy importante conocer su percepción frente a los Servicios prestados.
Evaluar los servicios que presta la Defensoría del Pueblo es muy fácil, eccediendo a nuestra "Encuesta De Satisfacción al Usuario"escaneando el siguiente Código QR.

Calle 55 # 10-32 - Sede Nacional - Bogotá, D.C. PBX: (57) (601) 3144000
Línea Nacional: 01 8000 914814
www.defensoria.gov.co
Plantilla vigente desde: 30/10/2023

Siendo las 1:13 p. m. la Presidencia da por finalizada la audiencia pública.

Presidente,

H.S. ARIEL FERNANDO AVILA MARTINEZ

Vicepresidente,

H.S. CARLOS FERNANDO MOTOA SOLARTE

Secretaria General,

YURY LINETH SIERRA TORRES