

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio a la propuesta de Proyecto de Ley 205 de 2019 - Senado. “Por medio de la cual se crea una nueva pena principal privativa de la libertad en la Ley 599 de 2000, se aplica al tipo penal de instigación a delinquir y se dictan otras disposiciones”.

Proyecto de Ley 205 de 2019 Senado “Por medio de la cual se crea una nueva pena principal privativa de la libertad en la Ley 599 de 2000, se aplica al tipo penal de instigación a delinquir y se dictan otras disposiciones”.	
Autor	H.S. Roy Barreras Montealegre
Fecha de Presentación	24 de septiembre de 2018
Estado	Archivado
Referencia	Concepto No. 10.2020

I. Contenido del Proyecto de Ley:

1

1. El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en sesión del 3 de marzo de 2020, discutió el proyecto de Ley 205 de 2019, “*Por medio de la cual se crea una nueva pena principal privativa de la libertad en la Ley 599 de 2000, se aplica al tipo penal de instigación a delinquir y se dictan otras disposiciones*” teniendo como base para el análisis el texto del proyecto que se encuentra publicado en la página web del Senado de la República.

Proyecto de ley 205 de 2019:

ARTÍCULO 1º. OBJETO. La presente ley tiene por objeto regular la pena de arresto como pena principal, las reglas para su imposición y ejecución y aplicarla al tipo penal de Instigación a Delinquir.

ARTÍCULO 4º. Modifíquese el artículo 348 de la Ley 599 de 2000, así:

ARTICULO 348. INSTIGACIÓN A DELINQUIR. El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en arresto de tres (3) a doce (12) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 35 de la Ley 599 de 2000, así:

ARTICULO 35. PENAS PRINCIPALES. Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la privativa de la libertad de arresto, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

ARTÍCULO 2º. Créese un artículo nuevo 37 A en la Ley 599 de 2000, así:

ARTÍCULO 37 A. EL ARRESTO. La pena de arresto se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de arresto para los tipos penales tendrá una duración máxima de cinco años.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.
3. No habrá lugar a medida de aseguramiento de detención preventiva cuando esta sea la pena prevista para el tipo penal.
4. La ejecución de esta pena se llevará a cabo conforme a lo establecido en el Código penitenciario.

II. Observaciones en materia de política criminal:

2. El Proyecto de Ley que se analiza pretende, por un lado, modificar la manera como la pena de arresto se concibe actualmente en el Código Penal y las reglas para su imposición y ejecución, es decir, aspectos asociados a la criminalización terciaria; y, de otro lado, modificar la sanción contemplada para el delito de instigación a delinquir, de que trata el artículo 348º, en el sentido de reemplazar la multa (como está previsto en la actualidad), por el arresto, lo que, a la fecha, no resulta posible.
3. *Regulación actual de la pena principal de multa y la de arresto como sustitutiva de la primera en Colombia.* En el Código Penal, el legislador, atendiendo criterios de política criminal, estableció las consecuencias jurídicas que se derivan de las conductas punibles en él tipificadas, esto es, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas, clasificando las penas en *principales*, *sustitutivas* y *accesorias*, estas últimas, *privativas de otros derechos cuando no obren como penas principales* (art. 34). *Son principales* la prisión, la multa y las demás privativas de otros derechos que como tales se consagren en la parte Especial del Código (art. 35); son *sustitutivas* la prisión domiciliaria que sustituye a la de prisión, y *el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido que sustituye a la multa* (art. 36); son *accesorias* las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales (enunciadas en el **artículo 43**). En todo caso, se consagra que la pena de prisión siempre conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
4. La **multa**, como sanción penal de carácter principal, ha sido definida por la Corte Constitucional como (...) “una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público¹”. En esta misma providencia, la Corte ha dicho que la multa “constituye, por regla general, una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos

¹ Corte Constitucional, sentencia C-194 de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste²”, lo cual demuestra que es el propio Estado, no los particulares, el que define sus elementos estructurales, las condiciones para su imposición y la cuantía de la misma. La multa es, pues, una sanción cuyo monopolio impositivo está en manos del Estado, que la aplica con el fin de “forzar, ante la intimidación de su aplicación, al infractor a fin de que no vuelva a desobedecer las determinaciones legales” (...).

5. Así mismo y en relación con la pena de multa, el Código Penal, consagra en el artículo 39° (modificado por el art. 46° de la ley 1453 de 2011) las reglas aplicables a dicha pena sustitutiva; y en el artículo 40° lo atinente a la conversión de la multa en arrestos progresivos.
6. Frente a la pena de arresto, como sustitutiva de la prisión, la Ley 1709 de 2014, en su artículo 3°, modifica el artículo 4° de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), así: **Artículo 4°. Penas y medidas de seguridad.** Son penas privativas de la libertad personal las previstas en la ley para los imputables, como la prisión y el **arresto**. La prisión es la pena privativa de la libertad impuesta mediante sentencia, como sanción por la comisión de un delito y se cumple en un establecimiento penitenciario, en el lugar de residencia o morada del condenado, o en el lugar que el juez determine. **El arresto es la pena privativa de la libertad impuesta como sustitutiva de la pena de multa, como unidad de multa, y se cumple en los establecimientos especialmente destinados para este efecto o en el lugar que el juez determine.** La pena de prisión podrá ser intramural o domiciliaria. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la prisión intramural (negrilla fuera del texto).
7. En igual sentido, en el artículo 29C de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) contempla la regulación de la pena sustitutiva de arresto, así: Artículo 29C Arresto: “El arresto de fin de semana es pena sustitutiva de la multa cuando el condenado no la pagare o amortizare voluntariamente o cuando incumpliere el sistema de plazos concedido. Tendrá una duración equivalente a treinta y seis (36) horas continuas y su ejecución se llevará a cabo durante los días viernes, sábados o domingos, en el horario que señale el funcionario judicial que efectúe la sustitución. El incumplimiento injustificado de las obligaciones impuestas será informado por el director del establecimiento de reclusión al juez que vigila el cumplimiento de la pena, quién decidirá la ejecución ininterrumpida del arresto. Tanto el arresto del fin de semana como el ininterrumpido se ejecutará en pabellones especiales de los establecimientos de reclusión del domicilio del arrestado”.

III. Análisis de fundamentos legales, constitucionales y doctrinales.

8. Ya teniendo un estado del arte de la regulación actual de la pena de multa y la de arresto como sustitutiva de la primera, habrá que analizarse desde una perspectiva legal, constitucional y doctrinal, la conveniencia, o no, de tener a la pena de arresto como principal y no como sustitutiva de la de multa, como lo propone el Proyecto de Ley en comento.

² Idem.



9. Si bien es cierto que el legislador tiene una amplia potestad legislativa para configurar las penas que deben imponerse a quienes cometen algún delito, “se encuentra limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad”³.
10. Siendo lo anterior así, se observa que fijar la pena de arresto como sustitutiva de la multa es, dentro de un estado social y democrático de derecho como el Colombiano, una manifestación de las diversas formas de afrontar la conducta criminal; por ello, no se podrá contemplar como pena exclusiva la prisión o el arresto, sanciones ambas privativas de la libertad, sino que, en atención a distintos factores, habrá de poner el acento en otras formas, en aras de que las penas privativas de la libertad sean aplicadas de manera excepcional.
11. El contemplar la pena de arresto como sustitutiva de la multa, como ocurre en la actualidad, conlleva beneficios ligados con la función de las penas, de esta forma Du Puit (1999)⁴ señala que, frente a las penas privativas de la libertad, la multa presenta varias ventajas. Por ejemplo, su imposición implica únicamente una limitación en la “calidad de vida” al afectar la capacidad económica del condenado. Desde el punto de vista social, se le mantiene como elemento activo ya que no se desperdicia su fuerza de trabajo, privándolo de su libertad. Así mismo, se le conserva en su medio, sin destruir sus contactos familiares, laborales, sociales. En lugar de convertirse en una carga económica para el Estado (como recluso), participando en la vida productiva de la comunidad (p.166). Todo esto supone respecto de la persona, un respeto de su dignidad, a diferencia de la pena privativa de la libertad que puede tener un efecto degradante. Por último, desde un punto de vista práctico, es una pena que se puede graduar y adaptar con bastante facilidad.
12. Respecto a la pena de multa como pena principal, sostiene el ponente del Proyecto de Ley, que esta no posee poder disuasorio, postura que no se comparte, toda vez que, en caso de incumplimiento de la multa, la de arresto opera como sustitutiva, lo que le otorga poder disuasorio, sin que ello signifique privación de la libertad por deudas. Sobre este punto, la Corte analizó la constitucionalidad de la pena de arresto como sustitutiva de la prisión y al respecto refirió lo siguiente: *“La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario, sino el control y regulación de las conductas, de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido”*⁵.

³ Corte Constitucional, sentencia C-329 de 2003; Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁴ Du Puit, J. (1999) La Pena de Multa, en J. Hurtado Pozo (Coord.) Anuario de Derecho penal: El sistema de penas del nuevo código penal (pp. 165-176). Asociación peruana de derecho penal.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-628 de 1996. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.



13. Adicional a lo anterior, cuando se impone la multa como pena principal, la misma se cuantifica de acuerdo a la condición económica y personal del condenado, estableciéndose, en ciertos casos, la prórroga para el pago, así como la conmutación por una obligación de hacer. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido: *“Es posible concluir, en primer lugar, que el Estado ha dispuesto mecanismos adecuados y pertinentes para calcular el monto de la multa, de conformidad con la condición económica y personal del condenado. En segundo lugar, la Corte concluye que, cuando la capacidad económica del condenado es mínima o inexistente, el sistema jurídico ofrece una alternativa económica, consistente en la posibilidad de prorrogar el pago mientras el obligado encuentra los medios para cancelarla, y una alternativa no económica, que consiste en la posibilidad de conmutar la obligación de dar por una obligación de hacer, consistente en el desarrollo de actividades de interés o naturaleza social. Lo anterior implica que la capacidad o incapacidad de pago del individuo no es irrelevante, por el contrario, es indispensable para determinar el monto de la multa, así como su forma de pago e, incluso, la posibilidad de amortizarla mediante trabajo o, en casos extremos, de convertirla en arresto de fin de semana. Lo anterior también significa que el procedimiento de tasación de la multa no es irreflexivo, sino que, por el contrario, requiere de una justificación suficiente que explique las razones por las cuales, teniendo en cuenta las condiciones del procesado, se impone una suma determinada de dinero y no otra”*. Sentencia C-194/2005.

5

14. De esta forma, desde el punto de vista de una política criminal razonable y respetuosa de la dignidad humana, orientada al principio de necesidad de la pena, en su acepción de intervención mínima, se establece la no viabilidad de la inclusión del arresto como pena principal, ya que no respondería a un modelo garantista en el marco de un estado social y democrático de derecho, sino que conllevaría a empeorar la crisis carcelaria existente.

15. Ahora bien, en lo que respecta a la propuesta de modificación del artículo 348° del Código Penal sobre el delito de instigación a delinquir, en el sentido de incluir en él la pena principal de arresto y no la de multa, como se contempla en la actualidad, el análisis legal y constitucional, es el siguiente:

16. El Proyecto de Ley en comento propone la inclusión de la pena de arresto para el delito de instigación a delinquir; para ello se propone la siguiente redacción:

ARTÍCULO 4°. Modifíquese el artículo 348° de la Ley 599 de 2000, así:

ARTICULO 348. INSTIGACIÓN A DELINQUIR. *El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en arresto de tres (3) a doce (12) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*



17. Si bien es cierto que en líneas precedentes se estableció la no viabilidad de la inclusión de la pena de arresto como pena principal, por las razones de política criminal, legales, constitucionales y doctrinales ya esbozadas, es necesario poner de presente la motivación que expone el ponente del Proyecto de Ley en estudio sobre la necesidad de la inclusión de una pena más gravosa, como la de arresto, en vez de la ya existente (multa), para el delito de instigación para delinquir contemplado en el artículo 348 de la ley 599 de 2000.
18. Sobre este aspecto se extrae el siguiente apartado: “a través de esta iniciativa se aplica la pena de arresto al tipo penal de *Instigación a Delinquir*, que actualmente tiene una pena de multa y por las condiciones de seguridad que atraviesa el país, aunados a los riesgos particulares que existen para determinados sectores de la sociedad, es necesario establecer una pena principal que de forma proporcional garantice una mayor protección al bien jurídico tutelado y envíe en forma eficaz un mensaje disuasivo para evitar la comisión de la conducta⁶”.
19. La “instigación a delinquir” se enmarca en los denominados “delitos de peligro”, que afecta el bien jurídico de la seguridad pública, en la medida en que busca incitar a otros a la comisión de conductas punibles que, de llevarse a cabo, generarán afectación y daño, lo que se pretende evitar al tipificar la conducta.
20. Si bien es cierto que la consagración de penas y sanciones constituye una competencia propia del legislador que, en principio es libre para asignar diferentes consecuencias negativas a los comportamientos que considera reprochables y antijurídicos⁷, la misma debe estar ajustada a los criterios de proporcionalidad⁸, razonabilidad y necesidad.
21. Entonces, para determinar si en este caso la pena prevista resulta proporcional, o no, hay que hacer un análisis dogmático del tipo penal respectivo. De esta forma se tiene que, “...estamos frente a un delito común, y **que, si bien no lo expresa directamente, es igualmente subsidiario por cuanto este se aplicará únicamente en el evento en que no concurren los supuestos de la determinación contenida en el Art.30.2 del Código Penal y que define la determinación como una forma de participación.**”
22. Sin embargo, la doctrina nacional, siguiendo en ello a la literatura foránea, ha señalado los requisitos para que se presente la instigación. Entre ellos están: a) que sólo procede para

⁶ Exposición de motivos, proyecto de ley 205 de 2019: Ponente Roy Barreras Montealegre.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-329/03. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁸ “...la proporcionalidad estaría limitada por (i) la entidad del delito causado, de forma que no podría fijarse una sanción que produjera un mal mayor al que causó el delito cometido; (ii) en materia de la prevención especial, los límites estarán dados por una pena que posibilite la reinserción social (calidad) y por el tiempo necesario para que el autor del delito adquiera conciencia sobre lo que debe hacer en su vida en sociedad (cantidad); (iii) en razón de la prevención general, los límites se deberían fijar en razón de la capacidad atemorizante de la pena para que otros no sigan el mal ejemplo del delincuente (calidad y cantidad), (iv) así como la no intervención en la dignidad humana para que la sanción no pierda legitimidad (calidad y cantidad)”. R. y González, I. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. (p.24). Grupo Editorial Ibáñez.



delitos dolosos, b) que debe ser directa, específica y para cometer un delito determinado, el cual debe llegar, cuando menos, a actos ejecutivos y constituir un riesgo desaprobado. Así mismo, la conducta del instigador es la que determina la resolución del investigado, lo cual excluye los consejos, sugerencias o el reforzamiento del plan criminal previamente concebido por el autor⁹.

23. De acuerdo con lo anterior, si se entiende la instigación a delinquir como un tipo penal y no como una forma de participación en la conducta punible, como lo es la determinación, resalta, a todas luces, que la pena de multa que se establece en la actualidad para dicho delito, sí resulta ajustada al principio de proporcionalidad, el cual, como lo menciona Velásquez (2013)¹⁰, hace referencia a “la capacidad de sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades y de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que le restrinjan el ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mira determinado: el de la inutilidad, no necesidad y desequilibrio del sacrificio” (pág. 48). Según este autor, quien citando a la Corte Constitucional¹¹, establece que el principio de proporcionalidad es un principio “relacional, pues compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin”. Lo anterior hace que la sanción de multa se encuentre ajustada al principio de necesidad de pena en su acepción de intervención mínima, fragmentaria y subsidiaria.

IV. Conclusiones

7

24. La inclusión del arresto como pena principal y no como sustitutiva de la pena de multa como está contemplado en la actualidad, significaría aumentar la crisis carcelaria existente y el estado de cosas inconstitucional¹², contrariando así los principios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad de la pena en su acepción de intervención mínima, fragmentaria y subsidiaria.
25. Representa, además, un retroceso a la política criminal y se genera una ruptura sistemática por lo siguiente: cuando se habla de conducta punible el legislador habla de delito y contravención y esta última siempre es de arresto.
26. La pena de multa, comparada con las penas privativas de la libertad, comporta una serie de ventajas, pues implica una única limitación: la de la “calidad de vida” del condenado, al afectar su capacidad económica, pero se le mantiene activo y productivo socialmente, ya que no se desperdicia su fuerza de trabajo, como ocurre cuando se le priva de la libertad y se

⁹ Bernate, F. (2011). La Imposibilidad de la aplicación de la autoría mediata por dominio funcional de aparatos de poder en el sistema legal colombiano y los delitos de constreñimiento a delinquir y de inducción a delinquir como posibles formas de solución (p.29). Editorial Universidad del Rosario.

¹⁰ Velásquez, F. (2013). Manual de Derecho Penal: Parte general. Quinta Edición actualizada. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T – 015 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

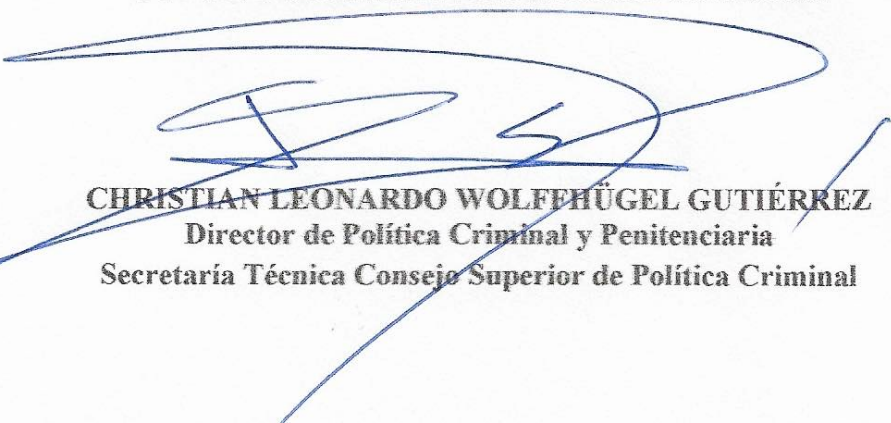
¹² Corte Constitucional, sentencias T-388 de 2013; Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa y sentencia T-762 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



convierte en una carga para el estado (como recluso). Además, esta pena facilita su graduación y la ejecución de la sanción.

27. La multa, como sanción penal, sí cuenta con poder disuasorio (prevención intimidatoria represiva) a través del arresto como pena sustitutiva (y no principal como se propone en el proyecto de ley) cuando la multa se muestra incapaz de cumplir su cometido.
28. La pena de multa que se contempla en la actualidad para el delito de *instigación a delinquir*, contemplado en el artículo 348° del Código Penal, obedece a la naturaleza de tipo penal subsidiario, por cuanto este tipo penal sólo resulta aplicable en los eventos en que no concurren los supuestos de la determinación contenida en el art.30.2 del Código Penal; de esta forma, si se sanciona la instigación para delinquir (artículo 348) con pena privativa de la libertad como el arresto, sería desconocer la naturaleza misma del tipo penal, contrariando los principios de proporcionalidad y razonabilidad en la fijación de las sanciones penales.
29. El Proyecto de Ley no cuenta con una base empírica cualitativa, cuantitativa, ni de análisis de impacto fiscal frente al sistema carcelario que motive y justifique la pena de arresto para el delito de instigación a delinquir y no la de multa contemplada en la actualidad.
30. Así, pues, el Proyecto de Ley 205 de 2019 resulta inconveniente por lo que el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal emite concepto desfavorable.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL



CHRISTIAN LEONARDO WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ
Director de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal