

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley No. 31 de 2014-Senado, «por medio de la cual se incrementan las sanciones penales contra la corrupción electoral y se dictan otras disposiciones»

Proyecto de Ley No. 31 de 2014 Senado	
Autores	Senadores Carlos Eduardo Guevara, Guillermina Bravo Montañó y Ana Paola Agudelo
Fecha de Radicación	29 de julio de 2014
Estado Actual	Surtido el primer debate en el Senado de la República
Referencia	Concepto No. 15.06

1. Objeto del Proyecto de Ley

De acuerdo con el texto del proyecto de ley, este tiene como propósito fortalecer la persecución de los delitos electorales, haciendo especial énfasis en tres elementos: el incremento de la capacidad de respuesta del sistema judicial frente al fenómeno criminal que afecta a los mecanismos de participación democrática en el país, la ampliación de las sanciones penales de algunos delitos establecidos en el título XIV del código penal, Ley 599 de 2000; y, finalmente, el fortalecimiento del reproche judicial, al establecer sanciones ejemplares para la corrupción electoral que, entre otras, ha desembocado en prácticas que mercantilizan la contratación estatal y alteran seriamente la voluntad popular que se manifiesta en los ejercicios democráticos de los certámenes electorales. En consonancia, el artículo 1 del proyecto de ley señala así su objeto: «Artículo 1°. *Objeto.* El objeto de la presente Ley es incrementar las sanciones penales con el fin de prevenir y sancionar ejemplarmente la corrupción electoral en Colombia».

2. Contenido del Proyecto de Ley

El proyecto de ley se compone de ocho artículos en los que se presentan las dos estrategias para desarrollar el objeto que se consignan en el artículo 1 y referenciado en el párrafo anterior. Entre los artículos 2 y 6 se proponen reformas a la legislación penal colombiana para la creación de nuevos tipos penales y la modificación de los ya existentes en el título XIV de la Ley 599 de 2000. En el artículo 7 se plantea una serie de acciones que la Fiscalía debe tener en cuenta cuando se desarrollen certámenes democráticos, de tal modo que la

judicialización de las infracciones de relevancia penal sea más efectiva. En el artículo 8 se establece la fórmula de derogatoria y vigencia.

En relación con el código penal, el proyecto de ley plantea:

- Modificar el delito de constreñimiento al sufragante, artículo 387 de la Ley 599 de 2000, adicionando nuevos elementos al tipo y aumentado las penas para todas las hipótesis contempladas.
- Modificar el delito de corrupción al sufragante, artículo 390 de la Ley 599 de 2000, incorporando nuevos verbos rectores de la conducta punible, así como nuevos elementos en el tipo penal. Como el anterior, también aumenta las penas para todas las hipótesis contempladas.
- Modificar el delito de alteración de resultados electorales, artículo 394 de la Ley 599 de 2000, introduciendo una nueva hipótesis delictiva y aumentando las penas.
- Introduciendo dos nuevos delitos en el código penal para criminalizar la pérdida de material electoral (artículo 393-A) y la participación en elecciones de ciudadanos que previamente –durante los cuatro meses anteriores– hayan tenido un vínculo jurídico como servidores públicos.

Por último, en el artículo 7 del proyecto de ley establece una serie de obligaciones que la Fiscalía General de la Nación tendrá que observar antes y durante el día de las elecciones:

Artículo 7°. La Fiscalía General de la Nación, durante los 4 meses previos al día de elecciones garantizará:

1. Que se designe un número de Fiscales por Dirección Seccional de Fiscalía para que adelanten las investigaciones, actos urgentes y diligencias preliminares, relacionadas con los Delitos contra los Mecanismos de Participación Democrática.
2. Que se designe un número de funcionarios por la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), para que ejerzan funciones propias de Policía Judicial dentro de los procesos de los Delitos contra los Mecanismos de Participación Democrática.

Parágrafo. Durante el día de elecciones:

1. Las Unidades de Reacción Inmediata (URI) contarán con Fiscales que asuman exclusivamente los casos que lleguen por los Delitos Contra los Mecanismos de Participación Democrática.
2. Todos los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) deberán estar disponibles para adelantar los actos urgentes y las misiones de trabajo que se requieran, frente a los Delitos Contra los Mecanismos de Participación Democrática.

3. Observaciones Político-criminales al proyecto de ley No. 31 de 2014-Senado, «por medio de la cual se incrementan las sanciones penales contra la corrupción electoral y se dictan otras disposiciones»

Luego del análisis y la discusión respectiva, el Consejo Superior de Política Criminal considera que entre la descripción del fenómeno criminal desarrollada en la exposición de motivos y las propuestas para solucionarlo hay una distancia que hacen de estas últimas una estrategia político-criminal inconveniente. Siguiendo la lógica que se desprende de las consideraciones hechas en el texto de la primera ponencia del proyecto de ley, la mejora de la deficiente capacidad del sistema judicial para conocer, investigar y juzgar los delitos que vulneran y manipulan los mecanismos de participación democrática en nuestro país, así como la búsqueda de una mayor transparencia y respeto por los procedimientos democráticos a través de los cuales se manifiesta la voluntad popular, son dos propósitos que no se alcanzarán a través del recurso al aumento de penas y de la expresividad del castigo estatal.

Además de lo anterior, la propuesta del proyecto de ley en cuanto el aumento de las penas para los delitos que afectan los mecanismos de participación democrática es, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, desproporcionada y puede tener un efecto contrario al que se le confía a la estrategia.

El aumento de las penas, considerado en sí mismo, produce grandes expectativas de justicia en la sociedad, porque por medio de ese acto se envía el mensaje de que las autoridades judiciales se encargarán de manera más seria y comprometida en relación con el problema criminal objeto de preocupación, pero en cuanto corre el tiempo y el mismo fenómeno delictivo sigue siendo difícil de judicializar, la frustración de la expectativa se manifiesta en una profunda desconfianza de la ciudadanía en las autoridades judiciales y también en el mismo régimen político. Es, en suma, una cuestión de enfoque: intentar mejorar la eficacia de las instituciones haciendo más severo el castigo penal, en lugar de mejorarlas, puede comprometer la legitimidad de las mismas; más bien, es preciso intervenir para mejorar la eficacia de la administración de justicia penal con acciones concretas que, antes de cambiarlo, permitan aplicar lo existente. Así, antes de cambiarlo por algo nuevo, es necesario buscar los mecanismos para hacer efectivo lo que existe, de lo contrario, la novedad corre el riesgo de tener la misma suerte de su antecedente.

Para desarrollar lo anterior con referencia al proyecto de ley, a continuación se presentan dos comentarios específicos que, a modo de sugerencia a los legisladores en el marco de la discusión democrática, pueden brindar elementos para desarrollar una estrategia político-criminal efectiva para la protección de los

mecanismos de participación democrática en nuestro país: (i) el recurso penal y su manifiesta desproporción en el presente caso y (ii) la necesidad de mejorar las instituciones existentes.

3.1. *El protagonismo del aumento de penas y su manifiesta desproporción en el proyecto de ley No. 31 de 2014 Senado*

En el texto de la ponencia para primer debate se reconoce que el presente proyecto de ley es un ejemplo de «la tendencia a legislar a partir del incremento punitivo» esto tiene su justificación en el fortalecimiento de la persecución del delito electoral, en especial porque incrementaría la capacidad de respuesta de los operadores judiciales para la persecución y juzgamiento de este fenómeno criminal que tanto afecta a los procedimientos constitucionales y legales por medio de los cuales el régimen político incorpora las decisiones de la voluntad popular.

Al contrario de lo que se expresa, para el Consejo Superior de Política Criminal, la tendencia de legislar a partir del incremento punitivo no aumenta la capacidad del sistema penal para enfrentarse al fenómeno criminal. Las normas penales en la criminalización primaria, como determinación abstracta de una pena, funcionan, más que como amenazas, como advertencias que informan a la ciudadanía de la forma en que reaccionaría el Estado al momento de la infracción, procurando que ello sirva como una razón que las personas deberían tomar en consideración al momento de desplegar su comportamiento. En cuanto a la criminalización secundaria, las penas tienen importancia, tanto en los mecanismos de negociación en el proceso penal, como en la determinación concreta de la sanción por parte del juez cuando una persona sea hallada penalmente responsable, lo cual, en la criminalización terciaria, condicionaría el tiempo de permanencia de la persona condenada en el sistema penitenciaria, cuando sea del caso.

En estos tres momentos de la criminalización, la relación de la eficacia del sistema penal, tanto para evitar la comisión de delitos, como para desplegar la persecución penal, con la estrategia del incremento punitivo, no depende exclusivamente de la pena en sí misma: en la criminalización primaria, por más alta que sea sanción penal, se requiere que la percepción de la severidad del castigo esté vinculada con una percepción de la certeza de su aplicación; en la criminalización secundaria, del mismo modo, la eficacia de la persecución judicial se concentra más en la capacidad de los fiscales y jueces para administrar justicia que en la consideración de la severidad del castigo; por último, en la criminalización terciaria la eficacia de la sanción penal está más ligada al éxito del tratamiento penitenciario, cuando sea el caso de una privación de la libertad intramuros.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, la propuesta de fortalecer la respuesta del sistema penal por la

vía del endurecimiento punitivo, además de resultar equivocada, en el caso concreto es desproporcionada. Al revisar el proyecto de ley, tanto en los tres delitos reformados, como en los dos nuevos propuestos, la pena de prisión puede llegar a ser hasta de 40 años, lo que supera por más del doble las penas máximas existentes. Comparando la propuesta de reforma a los delitos de constreñimiento al sufragante, corrupción al sufragante y alteración de resultados electorales, se puede notar un aumento considerable de las penas, así como la igualación de la respuesta penal para casi todas las hipótesis delictivas existentes:

Tabla 1. Comparación penas mínimas y máximas

DELITO	Vigente		Proyecto	
	Mín	Máx	Mín	Máx
Constreñimiento al sufragante (387)	4	9	9	20
Constreñimiento al sufragante (cometido por servidor público) (387)	5,3	13,5	13,5	40
Corrupción de sufragante (390)	4	7,5	9	20
Corrupción de sufragante que acepta (390)	1,3	3	4	7
Corrupción de sufragante (cometido por servidor público) (390)	5,3	11,2	13,5	40
Alteración de resultados electorales (394)	4	8	9	20
Alteración de resultados electorales (cometido por servidor público)(394)	5,3	12	13,5	40

Fuente: elaboración propia

De acuerdo con la tabla 1, el proyecto de ley propone para los delitos existentes doblar las penas, haciendo que la nueva sanción mínima sea el tope máximo vigente en unos casos; en otros, la pena mínima sería un año mayor a la máxima vigente hoy en día, como es el caso de una de las hipótesis del delito de corrupción al sufragante¹ y en el delito de alteración de resultados electorales.

Adicional a ello, si se concentra la atención en los topes máximos vigentes y los del proyecto, se puede notar que con la propuesta del proyecto de ley los tres delitos tienden a tener casi que la misma respuesta penal, o bien de 20 años, o bien de 40, exceptuando el caso de una de las hipótesis del delito de corrupción al sufragante, que tiene como tope máximo 7 años. Esta situación indica que el legislador consideraría que la variedad de manifestaciones criminales que afectan a los mecanismos de participación democrática tienen casi que el mismo reproche penal, independientemente de las razones que motivaron la diferenciación de la respuesta estatal que se manifiesta en tipos penales distintos.

En casos de aumentos punitivos que doblan las penas, el Consejo Superior de Política Criminal comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia, que puede formularse en los siguientes términos, a modo de *regla democrática de ampliación*

¹ « El sufragante que acepte la promesa, el dinero o la dádiva con los fines señalados en el inciso primero, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.»

punitiva: en los casos de aumentos de penas posteriores a la criminalización inicial, la argumentación del legislador debe estar dirigida a demostrar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la adición en la restricción de la libertad personal de los ciudadanos; debatir y argumentar, en últimas, por qué no sirve la fijación actual y por qué ha de ser aumentada, de tal modo que en el Derecho penal de un Estado democrático no haya márgenes de castigo carentes de justificación. En palabras de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Aplicando lo hasta ahora expuesto al concreto momento de fijación legislativa de la pena, *en eventos de incrementos punitivos posteriores a la tipificación inicial*, para la Sala es claro que la agravación de la consecuencia penal establecida en un primer momento en la creación del tipo, requiere un análisis de proporcionalidad independiente y regido por parámetros diversos a los aplicados al nacimiento de la respectiva disposición normativa.

En efecto, tratándose de la modificación de la norma jurídico penal para incrementar los límites de su componente sancionatorio, el aumento de pena, *en sí mismo*, representa una *medida* de política criminal que, además de impactar negativamente el derecho fundamental a la libertad personal, implica una *adición* a las valoraciones concernientes a la correlación entre la gravedad del delito y la pena.

Ese *plus* de ninguna manera podría estar cobijado por los fundamentos legitimantes de la creación originaria del tipo penal. No. Tal *aditamento*, por cuyo medio se intensifica la incidencia negativa en los derechos fundamentales, reclama legitimidad desde la óptica del principio de proporcionalidad; lo contrario devendría en arbitrariedad legislativa, por cuanto se admitiría la existencia de márgenes de castigo carentes de justificación, emanados de la simple voluntad del legislador.²

Por otro lado, el recurso para aumentar las penas al doble tomando en cuenta algunas circunstancias ha sido un criterio de uso poco frecuente en la legislación penal colombiana. En el caso de la Ley 599 de 2000, el texto aprobado inicialmente sólo contemplaba el aumento del doble de la pena mínima en tres ocasiones: para la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365), la fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos (artículo 366) y las circunstancias de agravación de los delitos contra la salud pública (artículo 384). Con el paso del tiempo y en un margen de quince años, los delitos que contemplan la duplicación de la respuesta penal son:

- Los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365) y de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2013. MP. José Leonidas Bustos Martínez, R. 33254.

Fuerzas Armadas o explosivos (artículo 366), que inicialmente tenían contemplado el aumento punitivo para la pena mínima, ahora este es aplicable también al máximo, a partir de la reforma realizada por la Ley 1142 de 2007.

- El delito de utilización ilícita de redes de comunicaciones (artículo 197), a partir de la reforma realizada por la Ley 1453 de 2011.
- Dos de las seis circunstancias de agravación punitiva del homicidio culposo (artículo 110) contemplan el aumento del doble al máximo de las penas, a partir de la reforma realizada por la Ley 1326 de 2009.
- La circunstancia de agravación punitiva para los delitos de lesiones personales y parto o aborto perterintencional (artículo 119) cuando se comentan en niños y niñas menores de catorce años, a partir de la reforma realizada por la Ley 1098 de 2006.
- Una circunstancia de agravación para el delito de usurpación de inmuebles (artículo 261), a partir de la reforma realizada por la Ley 1453 de 2011.
- Una circunstancia de agravación para el delito de tráfico de moneda falsificada (artículo 274), a partir de la reforma realizada por la Ley 777 de 2002.

Con lo anterior, en opinión del Consejo Superior de Política Criminal, se presentan suficientes elementos para que el legislados reconsidere la estrategia de fortalecer la persecución de los delitos que afectan los mecanismos de participación democrática a partir del incremento punitivo.

3.2. *Sobre la necesidad de mejorar las instituciones existentes*

Por otro lado, considerando la disposición que el artículo 7 del proyecto de Ley plantea como obligaciones de la Fiscalía General de la Nación, en orden de mejorar la persecución judicial de las infracciones penales contra los mecanismos de participación democrática, el Consejo Superior de Política Criminal encuentra que este es un recurso que sí se ajusta con una estrategia político criminal razonable, dado que permite mejorar la eficiencia del sistema penal en el plano de la criminalización secundaria, que es donde se concentra las mayores dificultades que el mismo proyecto de Ley describe en su exposición de motivos. Basta revisar el número de personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios y tener en mente las cifras de comisión delictiva que relacionan en la exposición de motivos para poder notar que, más que una carencia de severidad punitiva, existe un déficit en la persecución judicial de los fenómenos criminales, lo cual se puede enfrentar de una manera más afortunada a partir de coordinación institucional y una efectiva aplicación de las normas penales vigentes.

Tabla 2. Personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios por infracciones penales contra los mecanismos de participación democrática.

DELITOS CONTRA LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA	HOMBRES		MUJERES		TOTAL
	Sind.	Cond.	Sind.	Cond.	
Perturbación de certamen democrático (386)	1	1	0	0	2
Constreñimiento al sufragante (387)	1	1	0	0	2
Fraude al sufragante (388)	0	0	0	0	0
Fraude en inscripción de cédulas (389)	0	0	0	0	0
Corrupción de sufragante (390)	0	1	0	0	1
Voto fraudulento (391)	1	0	0	0	1
Favorecimiento de voto fraudulento (392)	0	0	0	0	0
Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación (393)	0	0	0	0	0
Alteración de resultados electorales (394)	3	0	0	0	3
Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (395)	2	0	0	0	2
Denegación de inscripción (396)	0	0	0	0	0
GRAN TOTAL	8	3	0	0	11

Elaboración propia con información del SISIPEC

Como se puede notar en la tabla 2, el número de personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios actualmente es mínimo y nada permite deducir que con el aumento punitivo el procesamiento de las conductas penales será más eficiente. Por ello, insiste este Consejo, el enfoque de la estrategia de política criminal más adecuado es el que se expresa en el artículo 7 del presente proyecto de Ley. Por tanto, antes de ampliar los márgenes de punición, es recomendable fortalecer los mecanismos de persecución ya existentes.

Como anotación final, el Consejo Superior de Política Criminal considera que tal articulación institucional que se propone en el artículo 7 del proyecto de Ley es posible realizarla sin necesidad de reforma legal. Para ello, basta con las determinaciones que, por ejemplo, puede adoptar la Fiscalía General de la Nación a través de Resoluciones y Directivas.

4. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera que el enfoque de política criminal basado en el aumento punitivo que trae consigo el proyecto de Ley No. 31 de 2014 Senado es inconveniente para enfrentar los fenómenos criminales que vulneran los mecanismos de participación democrática. Por ello, recomienda en esta oportunidad (i) la revisión del enfoque

propuesto, de tal manera que se tenga en cuenta en primer lugar una estrategia de fortalecer la persecución penal en sede de la criminalización secundaria, más que en la primaria, y, (ii) en el caso del aumento de las penas, considerar en el marco de la discusión legislativa la sugerencia de la Corte Suprema de Justicia, reiterada en esta ocasión por este Consejo, de una *regla democrática de ampliación punitiva*, para que en los casos de aumentos de penas posteriores a la criminalización primaria inicial, el legislador debata y argumente por qué no sirve la fijación actual y por qué ha de ser aumentada, de tal modo que en el Derecho penal de un Estado democrático no haya márgenes de castigo carentes de justificación.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Marcela Abadía Cubillos
Directora de Política Criminal y Penitenciaria
Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Ricardo Antonio Cita Triana/Comité Técnico Consejo Superior Política Criminal