



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIII - Nº 660

Bogotá, D. C., martes, 28 de octubre de 2014

EDICIÓN DE 24 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 30 DE 2014 SENADO

por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos.

Bogotá, D. C., 20 de julio de 2014

Honorable Senador

Presidente

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Proyecto de ley, *por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos.*

Señor Presidente:

Nos permitimos presentar a consideración del honorable Congreso de la República el siguiente proyecto de ley, *por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos*, a fin de darle el correspondiente trámite legislativo, con la discusión y votación que constitucional y legalmente se ha dispuesto.

En consecuencia, los abajo firmantes, dejamos en consideración el proyecto de ley, en los términos de la exposición de motivos y en ejercicio de las facultades constitucionales consagradas en el Capítulo III de la Constitución Política, y legales establecidas en la Ley 5ª de 1992 "Reglamento Interno del Congreso".

Atentamente,

PROYECTO DE LEY NÚMERO 30 DE 2014 SENADO

por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

De los Objetivos

Artículo 1°. La presente ley, en cumplimiento y desarrollo de los artículos 54, 61, 67, 70 y 71 de la Constitución Política de Colombia, tiene los siguientes objetivos:

a) Promocionar el Software y Servicios Conexos Colombianos, así como su uso más amplio como medio principal en la difusión de la tecnología, la transmisión del conocimiento, el fomento por la investigación tecnológica y científica y el mejoramiento de la calidad de vida de todos los colombianos;

b) Estimular la producción intelectual de la ingeniería de Software y ciencias de la computación a través de las empresas de la Industria del Software colombiano;

c) Estimular el uso de Software y Servicios Conexos colombianos;

d) Promover la difusión y creciente utilización del Software y Servicios Conexos colombianos;

e) Fortalecer el mercado interno de Software;

f) Fortalecer la imagen de Colombia como productor de Software a través de la consolidación de empresas líderes y lograr que sus productos tengan proyección internacional;

g) Convertir a Colombia en un gran centro tecnológico de desarrollo de Software a fin de que pueda competir en el mercado internacional;

h) Estimular el aumento de las exportaciones de Software y Servicios Conexos colombianos;

i) Apoyar la industrialización del Software colombiano con miras a la internacionalización de la industria local;

j) Fomentar y apoyar la producción de Software y Servicios Conexos colombianos, mediante el estímulo de su diseño, producción, actualización y comercialización;

k) Fomentar la formación y habilitación profesional y técnica del personal que interviene en la creación, producción, capacitación, instalación y actualización del Software colombiano tales como programadores, analistas, diseñadores, arquitectos de Software, consultores y otros, contribuyendo así a la generación de empleo y al desarrollo de la Industria del Software y Servicios Conexos;

l) Lograr la creación y el desarrollo, en todo el país, de nuevos centros de desarrollo tecnológico, parques tecnológicos y clúster de Software y Servicios Conexos;

m) Ofrecer a los desarrolladores y a las empresas de Software y Servicios Conexos colombianos las condiciones que hagan posible el logro de los objetivos de que trata esta ley;

n) Mejorar la balanza comercial de importaciones frente a las exportaciones de Software y Servicios Conexos en favor de la industria nacional;

o) Estimular el uso de la tecnología para potencializar las capacidades profesionales, académicas e intelectuales de los colombianos.

CAPÍTULO II

Del Marco General

Artículo 2°. *Definiciones.*

Software: "Programa de computador": La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independientemente del medio en que se encuentre almacenado y su forma de comercialización, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico.

Servicios Conexos: Para los efectos de la presente ley, se entiende por Servicios Conexos el análisis, diseño, desarrollo, instalación, consultoría, adiestramiento, actualizaciones, pruebas, suministros, documentación, servicios, arrendamientos, redacción de manuales, adiciones, entre otros, y demás servicios requeridos para el adecuado funcionamiento del Software.

Industria del Software: Conjunto de personas jurídicas cuya actividad principal es la producción y/o comercialización de Software y Servicios Conexos.

Grupos Asociativos: Grupos de personas naturales o jurídicas que se constituyen como Clúster, Parques Tecnológicos, Redes Empresariales, Nodos de Innovación, entre otros.

Artículo 3°. *Software y Servicios Conexos colombianos.* Para los fines de la presente ley se considerará Software colombiano aquel que sea desarrollado dentro de los límites del territorio nacional, que cumpla con la siguiente condición:

Que el 70% del personal dedicado al diseño y desarrollo del producto (Software) sea de nacionalidad colombiana. En todos los casos la dedicación de horas al mes de este personal deberá ser mayor a medio tiempo en actividades importantes del proyecto, tales como gerentes técnicos y/o administrativos, analistas de sistemas, arquitectura de software y programadores, entre otros.

Se consideran Servicios Conexos colombianos los relacionados con el Software colombiano.

Artículo 4°. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic) o quien haga sus veces, tendrá a su cargo la aplicación y vigilancia de esta ley, con el apoyo de la Federación Colombiana de la Industria de Software y Tecnologías Informáticas Relacionadas (Fedesoft).

CAPÍTULO III

De la Promoción de la Industria del Software colombiano

Artículo 5°. El Instituto Colombiano de Normas Técnicas (Icontec), a instancia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en concertación con Fedesoft, elaborará, revisará y adecuará las normas técnicas colombianas relacionadas con la calidad del producto terminado.

Artículo 6°. La adquisición de Software como herramienta de desarrollo y de Software de base destinado al desarrollo y fabricación de Software colombiano será libre y exenta de toda clase de tributos, tasas, contribuciones o restricciones de cualquier índole. La autoridad respectiva podrá exigir la exhibición del Software colombiano, que haya sido producido con los insumos importados de que trata esta ley.

Artículo 7°. Las entidades de crédito del Estado deberán contar con líneas de crédito especialmente destinadas a la Industria del Software.

Parágrafo. Para estimular la actividad de Software colombiano, el Fondo Nacional de Garantías o quien haga sus veces deberá dar acceso, de acuerdo con su reglamento, a su sistema de garantías a las empresas de que trata el inciso anterior.

Artículo 8°. Las entidades aseguradoras del Estado deberán contar con líneas de aseguramiento que faciliten la ejecución de los proyectos de la Industria del Software colombiano.

Artículo 9°. El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic) y el Ministerio de Educación Nacional (MEN), con el apoyo de Fedesoft, revisarán los contenidos de la educación primaria, secundaria y superior de tal forma que se fomente la formación y habilitación del recurso humano requerido por la industria en términos de cantidad, calidad y perfil.

Artículo 10. El Gobierno nacional promoverá el uso de Software colombiano en las Ramas del Poder Público y demás órganos que lo integran, así como en las entidades de economía mixta y entes territoriales.

Artículo 11. El MinTic promoverá la capacitación, implementación y aplicación de metodología

de proyectos y de arquitectura empresarial en los órganos y entidades públicas que conforman el Estado, con el fin de facilitar la implementación y compra de Software.

Artículo 12. Todo Software colombiano deberá ser registrado ante Fedesoft, el cual certificará el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 3° de la presente ley. Sin el mencionado registro la empresa titular no podrá invocar los beneficios que para el software colombiano aquí se consagran.

Artículo 13. El Gobierno nacional propiciará la canalización de recursos para otorgar créditos, en condiciones favorables y a largo plazo, a las personas naturales o jurídicas que inviertan en la ampliación o apertura de nuevas empresas de Software y Servicios Conexos colombianos o de sucursales de las ya establecidas.

Para tener derecho a los beneficios establecidos en este artículo las empresas de Software y Servicios Conexos colombianos y sus sucursales, según el caso, se deben dedicar principalmente al desarrollo o venta de Software y Servicios Conexos colombianos.

Artículo 14. La inversión propia totalmente nueva, que efectúen las personas naturales o jurídicas en la ampliación o apertura de nuevas empresas de Software y Servicios Conexos colombianos o de sucursales de las ya establecidas, será deducible de la renta bruta del inversionista para efectos del cálculo al impuesto sobre la renta y complementarios.

Esta deducción no podrá exceder del ciento por ciento (100%) del impuesto sobre la renta y complementarios a cargo del contribuyente en el respectivo año gravable en que efectuó la inversión.

Artículo 15. Reconózcase a Fedesoft, como entidad representativa del gremio profesional de Software colombiano y Servicios Conexos en el país y en consecuencia, como organismo asesor del Gobierno para la formulación de planes y programas que conduzcan al desarrollo de la Industria del Software y de las ciencias de la computación.

Artículo 16. Los contratos para el desarrollo o implantación de Software que celebre la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta deberán contratarse preferiblemente con empresas de Software y Servicios Conexos colombianos. Se exceptuarán aquellos contratos cuya ejecución sea técnicamente imposible con la industria nacional.

Artículo 17. El ordenador del gasto y el responsable de tecnología dentro de cada entidad sobre la que tenga alcance el artículo 16 de esta ley, o quienes en ella cumplan sus funciones, serán responsables por el cumplimiento y disposiciones de la presente ley.

CAPÍTULO IV

De la Comercialización

Artículo 18. El Gobierno nacional, el MinTic, los gobiernos departamentales y las alcaldías distritales y municipales, promoverán en todo el país la celebración periódica de ferias del Software colombiano. A su turno, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Bancoldex, el Programa de Transformación

Productiva y Proexport, fomentarán la participación del Software colombiano en ferias internacionales.

Artículo 19. Los gobiernos departamentales y las alcaldías distritales y municipales, tomarán las provisiones del caso para que todas las entidades territoriales cuenten con el Software necesario para atender las necesidades de operación y funcionamiento para dar un buen servicio a los habitantes en las áreas urbana y rural.

CAPÍTULO V

De los Aspectos Fiscales e Impositivos

Artículo 20. *Exención del Impuesto sobre la Renta y Complementarios para el Software y Servicios Conexos colombianos.* Toda persona natural o jurídica, ubicada en territorio nacional, cuya actividad económica principal y objeto social sea principalmente la explotación y comercialización de Software y Servicios Conexos colombianos, gozará de la exención total del impuesto sobre la renta y complementarios, durante veinte (20) años contados a partir de la vigencia de la presente ley.

Artículo 21. Los dividendos y participaciones percibidas por los socios, accionistas o asociados de las empresas de Software y Servicios Conexos colombianos, así como los titulares de los derechos patrimoniales del Software colombiano definido en el artículo 3° de la presente ley, no constituyen renta, ni ganancia ocasional, en los mismos términos señalados en los artículos 48 y 49 del Estatuto Tributario.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, tales dividendos y participaciones deben corresponder a utilidades que hayan sido declaradas en cabeza de la sociedad, sin perjuicio de la explotación y comercialización que realice directamente el titular de los derechos patrimoniales del Software en caso de ser persona natural.

Si las utilidades hubieren sido obtenidas con anterioridad al 1° de enero de 2014, para que los dividendos y participaciones sean un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, deberán figurar como utilidades retenidas en la declaración de renta de la sociedad por el año gravable 2013 y esta deberá haber sido presentada dentro de los términos previstos en las normas vigentes para este efecto.

Artículo 22. *Costo de los Bienes Incorporales.* Adiciónase el siguiente inciso final al artículo 75 del Estatuto Tributario.

“El costo de los programas de computador, así como sus actualizaciones y mejoras, formados por el contribuyente se presume constituido por el cincuenta por ciento (50%) del valor de cada enajenación, sin que requiera avalúo técnico salvo que se demuestre un costo superior de acuerdo con las normas del presente Capítulo”.

Artículo 23. *Limitación a los Costos y Gastos en el Exterior.* Adiciónase el siguiente literal h) al artículo 122 del Estatuto Tributario.

“h) Aquellos en que se incurra para la publicidad, investigación y desarrollo, certificación de calidad reconocida internacionalmente, comercialización, mercadeo, posicionamiento y distribución, de programas de computador y Servicios Conexos, así

como sus actualizaciones y mejoras, exportados desde Colombia”.

Artículo 24. *Amortización de Inversiones en Software*. Adiciónase el siguiente inciso final al artículo 143 del Estatuto Tributario.

“Los costos de adquisición y desarrollo de Software, así como sus actualizaciones y mejoras, que constituyan una inversión amortizable en los términos del artículo 142 del Estatuto Tributario”.

Artículo 25. *Exclusión de la Industria del Software del Impuesto sobre las Ventas*. Adiciónase el siguiente párrafo 4° al artículo 424 del Estatuto Tributario.

“**Parágrafo 4°**. Igualmente se encuentra excluido del impuesto sobre las ventas (IVA), toda actividad de licenciamiento, diseño, desarrollo, instalación, consultoría, adiestramiento, actualizaciones, pruebas, suministros, documentación, servicios, arrendamientos, redacción de manuales, adiciones, entre otros, y demás servicios requeridos para el adecuado funcionamiento del Software colombiano”.

Artículo 26. *Hechos Irregulares en la Contabilidad*. Adiciónese el literal g) al artículo 654 del Estatuto Tributario.

g) Llevar o registrar la contabilidad en un Software que no respete los derechos de autor.

Artículo 27. *Sanción a Administradores y Representantes Legales*. Adiciónese el siguiente inciso final al artículo 658-1 del Estatuto Tributario.

“Cuando la autoridad tributaria detecte la irregularidad sancionable en la contabilidad prevista en el literal g) del artículo 654 del Estatuto Tributario, se aplicará una multa a quienes deben cumplir los deberes formales de que trata el artículo 572 de este estatuto, del cuarenta por ciento (40%) de la sanción impuesta al contribuyente, sin exceder la suma equivalente a 4.100 UVT, la cual no podrá ser sufragada por su representada”.

Artículo 28. Los alcaldes de los distritos capitales, especiales y demás municipios del país, podrán promover en los respectivos concejos la expedición de acuerdos mediante los cuales las empresas de la Industria de Software y Servicios Conexos colombianos, sean exonerados total o parcialmente de los impuestos de industria y comercio.

CAPÍTULO VI

De los Derechos de Autor

Artículo 29. El Gobierno nacional propenderá porque el país sea parte de los acuerdos o convenios internacionales, tendientes a evitar la doble tributación en el pago de regalías por derechos de autor, correspondientes a las obras de Software descritas en esta ley.

Artículo 30. Cumplimiento de las disposiciones sobre Propiedad Intelectual por parte de las entidades públicas. Las entidades estatales deberán mantener un inventario actualizado de la titularidad o licencias de las obras protegidas por las normas de propiedad intelectual, entre ellos los programas de computación adquiridos o desarrollados por la entidad, que le permita a la misma conocer y certificar

su estado de cumplimiento con los derechos de propiedad intelectual.

Asimismo, las entidades estatales deberán implementar mecanismos de control que permitan evitar la utilización indebida de programas o aplicativos que no estén debidamente licenciados.

El incumplimiento de las entidades oficiales de sus deberes como usuarios de derechos de propiedad intelectual, especialmente en lo relativo al mantenimiento del inventario de programas de computación y un adecuado seguimiento al uso legal de tales tecnologías, es causal de mala conducta para sus representantes legales y los funcionarios responsables, y causal de investigación disciplinaria, la cual puede llegar hasta la declaración de insubsistencia.

Artículo 31. *Cumplimiento de las disposiciones sobre propiedad intelectual por parte de entidades privadas*. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 603 de 2000, cuando las autoridades Tributarias Colombianas identifiquen situaciones de incumplimiento, podrán imponer sanciones a los administradores, representantes legales y revisores fiscales, en los términos de lo establecido en el artículo 658-1 del Estatuto Tributario.

CAPÍTULO VII

Del Fondo de Promoción de la Industria de Software (Fonsoft)

Artículo 32. *Del Fondo de Promoción de la Industria del Software*. Créase el Fondo de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft) para el manejo de los recursos provenientes del recaudo de la cuota para el fomento y promoción de la Industria del Software y Servicios Conexos colombianos, el cual se ceñirá a los lineamientos que por esta ley se establecen.

Artículo 33. *Promoción de la Industria del Software y Servicios Conexos colombianos*. El Fondo de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft) utilizará sus recursos para desarrollar y ejecutar estrategias de promoción de la Industria del Software y Servicios Conexos colombianos en concordancia con las Políticas Nacionales, así:

1. Promover alianzas en la Industria del Software que permitan consolidar unas características específicas de la industria para su promoción en el marco nacional e internacional.

2. Promover alianzas internacionales que permitan la introducción de sistemas de gestión de calidad reconocidos internacionalmente en la Industria del Software mediante certificaciones de calidad de producto y procesos en la producción y comercialización de Software y Servicios Conexos colombianos.

3. Impulsar eventos a nivel nacional e internacional que permitan el fomento de la Industria de Software y Servicios Conexos colombianos y promuevan la inversión nacional y extranjera en la Industria.

4. Fomentar el consumo de Software y Servicios Conexos colombianos por parte de la industria, el sector servicios, el sector comercio y el Estado, como mecanismo para mejorar su competitividad y productividad.

5. Promover acciones con Proexport y agencias privadas de promoción para diseñar estrategias de apoyo a la comercialización, transferencia y exportación de productos de Software y Servicios Conexos colombianos, generados por emprendedores, investigadores y la industria nacional, con orientación hacia mercados globales.

6. Ejecutar proyectos por su cuenta o en asocio con otras entidades con el apoyo de Fedesoft, para:

1. Buscar apoyo en la identificación y seguimiento de empresas relacionadas con la Industria de Software y Servicios Conexos.

2. El apoyo a las empresas del sector de la Industria del Software y Servicios Conexos colombianos.

3. La asistencia técnica, la transferencia de tecnología y la capacitación para incrementar la productividad de la Industria de Software y Servicios Conexos colombianos.

4. La financiación de programas y proyectos de fomento o capacitación en el sector.

5. Fomentar la investigación científica y tecnológica, así como la capacitación en el sector.

6. Recopilar y divulgar casos exitosos en la región sobre uso del Software colombiano en el sector educativo, gobierno y empresarial.

7. Elaborar diagnósticos de brecha en tecnologías de la información entre el sector empresarial y gestionar las acciones correspondientes.

8. Apoyar procesos de certificaciones de las personas y las empresas de la Industria de Software y Servicios Conexos colombianos.

9. Fomentar la asociatividad en las regiones y en los sectores transversales.

10. Aumentar la calificación y disponibilidad de mano de obra, principalmente con buena formación en inglés, habilidades técnicas y gerenciales.

11. Y demás que se definan para el fomento e impulso de la industria, conforme a los parámetros señalados por el Comité Directivo.

Artículo 34. Cuota para el Fondo de Promoción de la Industria del Software. Se establece una cuota para el Fondo de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft), como contribución de carácter parafiscal.

Artículo 35. Sujeto pasivo de la Cuota de Fonsoft. Toda persona jurídica, que dentro del territorio nacional realice actividades de venta de Software o Servicios Conexos, es sujeto pasivo de la cuota para Fonsoft.

Artículo 36. Porcentaje de la Cuota para Fonsoft. Será del cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del valor total de las ventas, antes de impuestos, de los contratos por concepto de Software o Servicios Conexos.

Artículo 37. De la retención y pago de la Cuota. Los sujetos pasivos de la cuota de Fonsoft actuarán como autorretenedores y contabilizarán las retenciones efectuadas en cuentas separadas de su contabilidad y deberán consignar los dineros de la Cuota en la Cuenta Nacional de Fonsoft, dentro de la primera quincena del mes calendario siguiente al de la retención.

Artículo 38. De la administración de Fonsoft. El Gobierno nacional, por intermedio del MinTic o quien haga sus veces, contratará con Fedesoft, la administración de Fonsoft y del recaudo de la Cuota.

Parágrafo. El contrato de administración tendrá una duración de 10 años prorrogables por otro término igual; en él se dispondrá lo relativo al manejo de los recursos; y se hará la definición y forma de ejecución de programas y proyectos acordes con las estrategias y objetivos de la presente ley.

Como contraprestación por la administración de la Cuota, la definición y ejecución de los programas y proyectos, se reconocerá el diez por ciento (10%), de los recursos recaudados. Dicha contraprestación se causará mensualmente.

Artículo 39. Del Comité Directivo de Fonsoft. Tendrá un Comité Directivo integrado por siete (7) miembros: dos (2) representantes del Gobierno nacional, cinco (5) representantes de los empresarios de la Industria del Software y Servicios Conexos colombianos. Serán representantes del Gobierno nacional el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o su delegado, quien lo presidirá y el Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado.

Parágrafo. Los representantes de los empresarios de la Industria del Software y Servicios Conexos colombianos deberán ser personas dedicadas a esta actividad durante un periodo no inferior a dos (2) años. Dichos representantes serán nombrados por la Asamblea General de Fedesoft y no podrán ser elegidos simultáneamente en la Junta Directiva de la Federación. El periodo de los representantes será de dos (2) años y podrán ser reelegidos.

Artículo 40. Funciones del Comité Directivo. El Comité Directivo de Fonsoft tendrá las siguientes funciones:

a) Aprobar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo presentado por Fedesoft, previo visto bueno del Ministerio de Tecnologías de la Información y las comunicaciones o quien haga sus veces;

b) Aprobar las inversiones que con recursos del Fondo deba llevar a cabo Fedesoft y otras entidades de origen gremial al servicio de la Industria de Software colombiano;

c) Velar por la correcta y eficiente gestión del Fondo por parte de Fedesoft;

d) La definición de estrategias, programas, proyectos y planes de acción acordes con los objetivos de la presente ley.

Artículo 41. Del presupuesto del Fondo. Fedesoft, con fundamento en los programas y proyectos aprobados por Comité Directivo del Fondo de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft), elaborará antes del 1° de noviembre el plan de inversiones y gastos para el siguiente ejercicio anual.

Artículo 42. Otros recursos del Fondo. Fonsoft podrá recibir y capitalizar recursos de crédito interno y externo que suscriba el MinTic, destinados al cumplimiento de los objetivos que le fija la presente ley, así como aportes e inversiones del Tesoro Nacional y de personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, para este mismo fin.

Artículo 43. *Del control fiscal del Fondo.* El control fiscal posterior sobre la inversión de los recursos de Fonsoft, lo ejercerá la Contraloría General de la República, de conformidad con las normas y reglamentos correspondientes, adecuados a la naturaleza de Fonsoft y su organismo administrador.

Artículo 44. *Deducciones de costos.* Para que las personas naturales o jurídicas sujetas de la Cuota para Fonsoft tengan derecho a que en sus declaraciones tributarias se les acepten los costos asociados con el Software y Servicios Conexos colombianos, deberán estar a paz y salvo por concepto de la Cuota. Para el efecto, deberán conservar en su contabilidad los documentos que prueben la retención y pago, así como la certificación expedida por la administradora de Fonsoft.

Artículo 45. *Sanciones a cargo del sujeto y del retenedor.* El Gobierno nacional impondrá las multas y sanciones a los sujetos de la cuota quienes a su vez actúan como autorretenedores, que incumplan sus obligaciones en esta materia conforme a las normas del Estatuto Tributario que le sean aplicables.

Artículo 46. *De la inspección y vigilancia.* La entidad administradora del Fondo y del recaudo de la Cuota podrá efectuar visitas de inspección a los libros de contabilidad de los sujetos pasivos de la Cuota y/o de las personas naturales y jurídicas retenedoras de la Cuota según el caso para asegurar el debido pago de la Cuota de Fomento prevista en esta ley.

Artículo 47. *Supresión de la Cuota y liquidación de Fonsoft.* Los recursos de Fonsoft al momento de su liquidación quedarán a cargo del MinTic, y su administración deberá ser contratada por dicho Ministerio con una entidad gremial del sector que garantice su utilización en programas de apoyo y defensa de la Industria del Software colombiano.

CAPÍTULO VIII

De las Políticas del uso del Software colombiano en las entidades públicas

Artículo 48. *Políticas y lineamientos sobre uso del Software colombiano atendiendo criterios de calidad, variedad y ventajas competitivas de mercado.* MinTic expedirá políticas y lineamientos que orienten la adopción de criterios de calidad, variedad, optimización y ventajas competitivas de mercado, para la adquisición y uso del Software colombiano en las entidades públicas del Estado y que deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. La definición de métodos para la administración de las tecnologías de la información en las entidades del Estado.
2. La definición de procedimientos y el empleo de estándares que permitan la interoperabilidad entre los sistemas que operen en las entidades del Estado.
3. La creación y publicación de una red de servicios informáticos para promover, facilitar e informar sobre las herramientas para la implementación del Software colombiano adoptado, a los funcionarios de las instituciones del Estado que los implementen.
4. La capacitación y fomento entre los servidores públicos, de la cultura de uso de las tecnologías adoptadas por el Estado.

5. La promoción de proyectos educativos que promuevan el uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en las entidades de educación pública.

6. El asesoramiento en procesos de compras relacionadas con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

7. La generación de un banco de buenas prácticas sobre las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el sector público.

8. La promoción de la neutralidad tecnológica.

Artículo 47. *Manejo eficiente del Software colombiano por el Estado.* El Gobierno nacional podrá, conforme a lo previsto por el artículo 45 de la Ley 489 de 1998, crear una Comisión en la que participen el MinTic o su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado y el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística o su delegado, que se encargue de velar por la ejecución, por parte de las entidades públicas, de las políticas trazadas por el Gobierno nacional en materia de Software o atribuirle dicha función a un órgano existente cuyas funciones tengan afinidad con dichas políticas. En todo caso, el Gobierno nacional tendrá a su cargo:

1. Verificar que las entidades del Estado implementen una política de promoción y uso del Software colombiano, atendiendo a las estrategias y necesidades del desarrollo del país y de las instituciones estatales, a criterios de calidad, variedad, optimización y ventajas competitivas de mercado.
2. Administrar el inventario de Software colombiano que emplean las entidades del Estado, su uso y costos totales de operación asociados a cada herramienta de Software colombiano.
3. Diseñar e implementar procesos de capacitación y soporte en Software colombiano necesarios para los funcionarios del Estado.
4. Velar por la aplicación de los principios de transparencia, calidad, control y celeridad en los procesos de adquisición de Software colombiano.
5. Capacitar e implementar proyectos de arquitectura empresarial en las entidades públicas, con el objeto de facilitar el montaje de programas de informáticos en dichas entidades.

CAPÍTULO IX

Del Apoyo a la Industria Nacional

Artículo 48. *Promoción de Acceso a Financiamiento por parte de la Industria del Software colombiano.* El MinTic promoverá el acceso de las empresas pertenecientes a la Industria de Software colombiano y Servicios Conexos a créditos blandos y no reembolsables para capital de trabajo, activos fijos, leasing, creación, adquisición y capitalización empresarial, y consolidación de pasivos. También se fortalecerán programas existentes de financiación, que beneficien a la Industria del Software colombiano, como los que están a cargo del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias), el Banco de desarrollo empresarial y comercio exterior de Colombia (Bancoldex), el Fondo Nacional de Garantías (FNG) y el Fondo Nacional de Regalías (FNR).

El MinTic, el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) diseñarán estrategias para vincular con capital de riesgo a inversionistas nacionales e internacionales, con el objeto de fortalecer empresas innovadoras de la Industria del Software colombiano, que requieran recursos para su proyección y consolidación.

Artículo 49. *Promoción de acceso a formas de financiamiento alternativas.* El MinTic buscará el acceso a recursos de financiamiento para desarrollo y compra de Software colombiano, sus actualizaciones y mejoras, de acuerdo con la meta de eliminar las barreras al financiamiento empresarial, por medio de formas de financiación alternativas al crédito de corto plazo, como son: el desarrollo del mercado de capitales, el fomento de los fondos de capital de riesgo privados y el mayor acceso a crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas.

Artículo 50. Las entidades de que habla el artículo 16 de la presente ley, dentro de los criterios de calificación de las propuestas en sus procesos de contratación, asignarán un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%) del total de la evaluación para estimular la Industria de Software colombiano. El puntaje asignado a cada proponente por este criterio, será proporcional a la participación del Software y Servicios Conexos colombianos dentro del valor total a contratar.

Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

Artículo 51. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Atentamente,

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Introducción

El presente documento tiene como objetivo central analizar los posibles impactos que tendrá la aprobación de la Ley de “Promoción y Fomento del Software y Servicios Conexos”, en adelante *Ley de Software*, tanto sobre el sector de software y de las tecnologías de la información (SWTI) como de los demás sectores económicos nacionales.

Con el fin de contextualizar el tema es necesario recordar primero el significativo efecto que han tenido en los últimos años las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) sobre el conjunto de la sociedad. En efecto, casos concretos como el mejoramiento de los servicios de Internet y la conexión de banda ancha, el desarrollo técnico que han alcanzado los teléfonos móviles y las redes sociales, entre otros, son una muestra del avance de esta industria y que deben ser aprovechados para beneficiar la economía de los países, para lo cual resulta

indispensable “disponer de capacidad para adoptar, adaptar y desarrollar el software necesario”, como lo muestra un reciente estudio de la UNCTAD¹.

En este sentido, otros estudios internacionales han resaltado la importancia de desarrollar el sector de SWTI en los países como elemento clave para mejorar la competitividad y productividad de las empresas y, en el mediano plazo, el bienestar de la sociedad². Es importante dejar de presente que estos beneficios pueden ser mayores en los países en vía de desarrollo, como es el caso de Colombia, en la medida que el sector goza de factores distintivos a los de las mayorías de las industrias de la economía nacional: las empresas de SWTI no requieren de elevadas inversiones para entrar al mercado, son intensivas en mano de obra calificada, generan conocimiento y tienen un impacto significativo sobre los demás sectores económicos.

Para alcanzar estos beneficios se requiere el desarrollo de una industria de SWTI fuerte a nivel interno y competitiva a nivel mundial. Por esta razón, y a partir de lo indicado anteriormente, la aplicación de la “Ley de Promoción y el Fomento del Software y Servicios Conexos” debe servir de instrumento eficaz para fortalecer el mercado interno e insertar la industria nacional en los mercados globales.

Con el fin de analizar los impactos de la ley sobre el sector de SWTI como de los demás sectores económicos nacionales, el presente documento está dividido en cuatro partes:

i) En la primera parte se presenta la evolución de los principales indicadores económicos del sector de SWTI en los últimos cinco (5) años y se estudian los posibles efectos de la Ley de Software en los mercados nacionales;

ii) En la segunda parte se analiza el comportamiento de las exportaciones de la industria de software y de las tecnologías de la información, así como el impacto previsible de la aplicación en el mercado de las disposiciones existentes en la Ley de Software sobre la internacionalización del sector;

iii) En el capítulo tercero se discuten los posibles efectos sobre el empleo en el sector de SWTI y el efecto colateral en los demás sectores de la economía;

iv) Finalmente se analiza el impacto de la aplicación de la ley en la profundización del programa Vive Digital del Gobierno nacional.

I. IMPORTANCIA DEL SECTOR DE SWTI Y SU INFLUENCIA EN LA ECONOMÍA

A continuación se presenta un análisis de los principales indicadores de las empresas pertenecientes a la industria de software y de las tecnologías de la información, en el periodo comprendido entre los años 2008 y 2012, en donde se aprecia su importancia creciente con relación a la economía del país. Posteriormente, se estudian los posibles efectos de la Ley

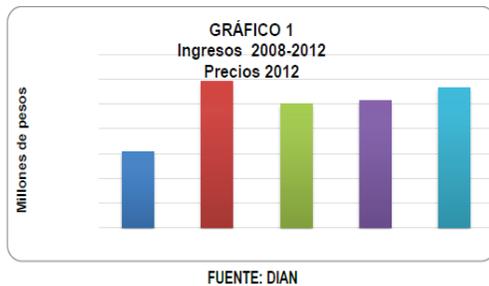
1 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), The Information Economy Report 2012, “The software industry and developing countries”.

2 Curras, Margarita, *et al.*, “Evidencias del impacto de las TIC en la productividad de la empresa. Cuadernos de Economía, V. 30, N° 82, enero-abril de 2007.

de Software tanto en el sector de SWTI como en el conjunto de la economía.

1.1. Evolución del Sector de SWTI - Periodo 2008-2012

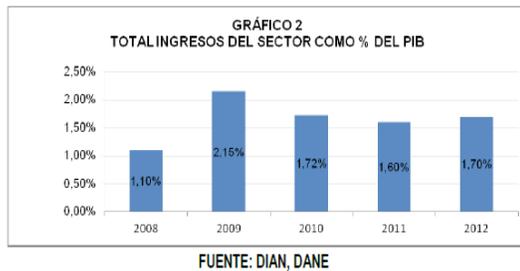
En primera instancia debe destacarse el crecimiento de los ingresos operacionales de las empresas del sector en términos reales: en el Gráfico siguiente se aprecia la evolución de los ingresos para el periodo 2008-2012, a precios del año 2012:



El gráfico anterior permite apreciar una tendencia de crecimiento para el periodo de análisis, con un decrecimiento entre el periodo comprendido entre los años 2009 y 2010 producto de la crisis económica mundial. El total de ingresos del sector en el año 2012 ascendió a \$11.3 billones de pesos.

El sector presentó un crecimiento compuesto –en términos reales– de 13.1% para el periodo 2008-2012, mientras que los ingresos que reportan las empresas de los demás sectores de la economía crecieron a una tasa compuesta de 7.6%.

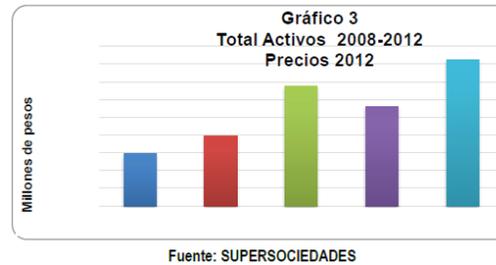
En cuanto a la participación de los ingresos del sector de SWTI con relación al PIB, en el Gráfico siguiente se aprecia su evolución:



De lo anterior, es claro que los ingresos del sector han aumentado su participación hasta alcanzar el 1.7% en el año 2012. Se destaca que en solo cinco años ha aumentado su participación en el PIB en 0.6 puntos porcentuales.

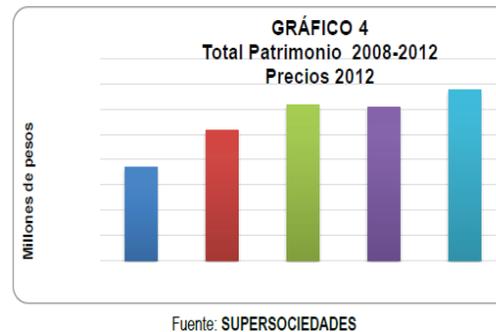
Ahora bien, la importancia del sector en la economía se puede analizar mejor si del valor del PIB se excluyen los sectores de minería y petróleo; en este caso la participación de los ingresos se acerca al 2% del PIB para el año 2012.

Otra muestra del crecimiento del sector de SWTI es el comportamiento de la inversión en los últimos cinco años, lo cual se puede observar con la evolución de los activos totales de las empresas en términos reales, para el periodo 2008-2012, así:



La tasa de crecimiento de los activos totales del sector de SWTI para el periodo examinado fue de 23%, cifra significativamente superior a la obtenida por el total de empresas de la economía que reportan a Superintendencia de Sociedades³, esto es, 6.7%.

Por otra parte, un indicador adicional que refleja el notable crecimiento del sector de SWTI en los últimos años es el comportamiento del patrimonio de las empresas, el cual prácticamente se duplicó en términos reales entre los años 2008 y 2012, tal y como se evidencia en el siguiente gráfico:



El crecimiento del patrimonio de las empresas del sector en el periodo analizado fue de 12.8%, mientras que la tasa obtenida del total de sociedades de los diversos sectores económicos fue de apenas 7.6%.

Para finalizar, cabe destacar el desigual comportamiento de las empresas del sector: según un estudio reciente⁴ en el 2011 las empresas multinacionales presentaron los mayores niveles de venta pero a su vez resultaron con las mayores pérdidas en sus utilidades netas, mientras que las empresas nacionales obtuvieron un menor valor en sus ventas pero generaron utilidades. Esta situación puede ser desfavorable para la industria nacional de SWTI en el mediano plazo, dada la enorme capacidad financiera de las empresas extranjeras, que les permitirá aumentar su participación de mercado aunque no presenten utilidades netas.

En conclusión, la industria de SW&TI ha tenido un crecimiento dinámico y por encima del total de la economía. Adicionalmente, su participación en el PIB se ha incrementado notablemente, mostrando su creciente importancia en el contexto económico nacional.

3 Aproximadamente 25.000 empresas reportan información al Sistema de Información y Riesgo Empresarial (SIREM) de la Superintendencia de Sociedades.
4 Revista *Computerworld* 2012.

1.2. Desarrollo del Mercado de SWTI y su Impacto

Las cifras presentadas demuestran el gran potencial de crecimiento del sector de SWTI en el corto plazo, el cual puede verse incentivado significativamente con los estímulos al desarrollo del mercado que contempla la Ley de Software. A su vez, el crecimiento del sector tendría un efecto directo sobre la competitividad de los demás sectores de la economía.

En la ley se proponen varias medidas para incrementar la demanda de software y servicios conexos, especialmente en el sector público.

Estudios internacionales han encontrado que los gobiernos representan uno de los principales demandantes de software a nivel mundial y motor de crecimiento del sector de SWTI⁵. A su vez, este desarrollo del sector se traslada de manera “transversal” al resto de la economía mediante el aumento en la productividad y competitividad de las empresas usuarias de software y servicios conexos.

En el caso colombiano, la encuesta a los empresarios del sector de SWTI realizada por Fedesoft en el año 2012 mostró que el gobierno es el principal demandante, aunque no se evidenció que las empresas encuestadas focalizaran el desarrollo de sus productos y servicios en algunos pocos sectores específicos: más bien los resultados indicaron que el grado de especialización de la demanda es bajo.

Este resultado indicaría que el papel del Gobierno en el mercado es importante, pero que existe un espacio para que su rol pueda ser mayor a través de un incremento en la demanda por software y servicios conexos nacionales. En la actualidad, la inversión del Gobierno en SWTI es de más de un billón de pesos y equivalente al 2,87% del presupuesto de inversión de la nación⁶, lo cual es bajo en comparación con países en donde la industria de SWTI se ha desarrollado exitosamente.

Con la aplicación de la Ley de Software se podría incrementar la demanda por parte de las entidades públicas hasta acercarse a los estándares internacionales y en el mediano plazo acercarse mínimo hasta el 4% del total del presupuesto de inversión, lo que representaría un incremento de más de US\$185 millones en compras a las empresas nacionales de SWTI. Esto facilitaría no solo la consolidación del mercado interno como un paso para la inserción en el mercado internacional sino la existencia de una práctica permanente que dé continuidad al fortalecimiento del sector.

La consolidación del mercado nacional de SWTI traería a su vez beneficios a los ciudadanos en general, al hacer más eficientes y asequibles los trámites administrativos al facilitar el intercambio de información en línea con las autoridades, la atención de calidad al usuario y, en consecuencia, conllevaría la simplificación de trámites con una disminución de costos y tiempos.

No puede olvidarse el impacto social que conlleva la utilización de las tecnologías de la información en sectores tales como salud, educación, justicia, en donde su aplicación intensiva no solo actualiza sino aumenta la cobertura del Estado, pues también satisface los fines estatales al lograr por estos medios proteger y garantizar los derechos fundamentales de la población en general, especialmente de los más pobres.

En este sentido, vale la pena destacar un ejemplo práctico de lo anteriormente expuesto: haciendo eco de la validez jurídica y probatoria que confirió la Ley 527 de 1999 a los documentos enviados y recibidos a través de medios electrónicos, en la más reciente reforma al Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011) se otorgó plena validez a la presentación por parte de cualquier ciudadano de derechos de petición a través de medios electrónicos, con lo cual toda persona tiene el derecho de actuar por esta vía ante las autoridades.

Por otra parte, con la aplicación de los incentivos tributarios, arancelarios y crediticios, contemplados en la Ley de Software, las empresas nacionales de SWTI cuentan con herramientas para desarrollar la oferta del sector y aprovechar la demanda potencial existente.

En efecto, tanto en nuestro país como en el resto de América Latina existe la posibilidad de expandir el mercado interno: en nuestro continente el gasto en software y los servicios informáticos representan apenas el 11% del gasto en TIC frente al 43% en América del Norte⁷. Esta situación obedece obviamente a la diferencia en los niveles de ingresos entre las dos regiones, pero también al limitado uso del software y las TI en nuestros países, situación que puede cambiar con el fortalecimiento del mercado interno, como se pretende con la implementación de la ley.

Es importante resaltar que el desarrollo del mercado interno de SWTI impactaría el conjunto de la economía, especialmente los sectores que demandan la mayor cantidad de software y servicios conexos, como es el caso del sector financiero, manufacturero, telecomunicaciones y salud.

En efecto, estudios internacionales encontraron una correlación entre la inversión en la industria de SWTI y la productividad y competitividad en cada país⁸. La interacción entre los productores nacionales de SWTI y las empresas de los diversos sectores, mediante el desarrollo de productos y servicios atendiendo necesidades específicas, muchas veces “a la medida”, genera incrementos en términos de productividad y eficiencia operativa.

A nivel microeconómico las empresas demandantes de SWTI aumentan la eficiencia de sus procesos internos y de sus sistemas de producción, gestionan mejor la información, ahorran costos y tiempo en sus transacciones y acceden más fácilmente a los servicios bancarios y de otro tipo.

En un plano sectorial, la utilización de SWTI posibilita la expansión de la oferta y la demanda, lo que

5 UNCTAD, *Ibid.*

6 Torres Javier, ponencia en Foro celebrado en Uniandes, “Inversión en TI, nivel nacional, 2012. Presentación en Power Point.

7 UNCTAD, *Ibid.*

8 IDC, “AID TO RECOVERY: The economic impact of it, software, and the microsoft ecosystem on the global economy”, 2009.

en el mediano plazo lleva al crecimiento y consolidación de los mercados. En cuanto al efecto a nivel macroeconómico, se ha identificado un impacto directo sobre los siguientes indicadores: productividad de los sectores económicos, el PIB, el nivel y cualificación de la mano de obra y la innovación⁹.

En Colombia el mercado de SWTI debe expandirse para que los beneficios se irradian al resto de la economía. En efecto, su tamaño es relativamente pequeño con relación al mercado latinoamericano: según datos de Proexport¹⁰ el tamaño del mercado de TI en Latinoamérica fue de US\$72,8 mil millones en el año 2010, y respecto al cual Colombia solamente aportó el 5,8%.

De ahí la importancia de aplicar los incentivos tributarios, arancelarios y crediticios contemplados en la Ley de Software para que las empresas nacionales de SWTI cuenten con herramientas que les permitan desarrollar la oferta del sector y aprovechar la demanda potencial existente, tanto a nivel interno como en el mercado mundial.

Para ilustrar este punto, se puede realizar un ejercicio para proyectar los ingresos operacionales de las empresas del sector en los próximos cinco años, contrastándolos con el crecimiento esperado del PIB.

Suponiendo de manera conservadora que, con la aplicación de la Ley de Software, se mantenga, al menos, la tasa de crecimiento lograda por el sector de SWTI en los últimos cinco años -13%- , se obtendrían los siguientes resultados en el año 2017:

- i) Los ingresos operacionales de las empresas en el 2017 alcanzarían los \$20.8 billones en términos reales;
- ii) La participación de los ingresos de las empresas del sector de SWTI con relación al PIB llegaría al 2.4% en el 2017;
- iii) En el 2017 el porcentaje de los ingresos de las empresas del sector de SWTI con relación al PIB – sin incluir minería y petróleo– llegaría al 2.9%.

La consumación de estas proyecciones requiere la aprobación de la Ley de Software. De lo contrario es muy poco probable que el sector pueda mantener el ritmo de crecimiento logrado en los últimos años.

Este sustancial crecimiento del sector de SWTI impactaría directamente sobre la productividad y competitividad del resto de la economía, con lo cual el efecto sobre el PIB y el empleo sería aún mayor. Así las cosas, de acuerdo con las experiencias internacionales, sumando el resultado del sector y su efecto “transversal” sobre los demás sectores, las empresas de SWTI pueden llegar a convertirse en una de las fuentes de crecimiento más importantes del país.

En conclusión, con la implementación de las medidas incluidas en la Ley de Software, en el corto plazo se vería beneficiada la economía del país, con aumentos en la productividad empresarial que re-

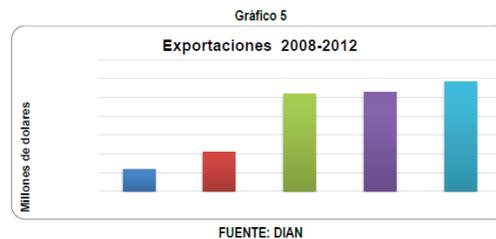
dundarán en la mejoría de los indicadores macroeconómicos.

II. EL SECTOR DE SWTI EN EL MERCADO GLOBAL

En este acápite del documento se presenta, en primer término, un análisis del comportamiento de las exportaciones de la industria de software y de las tecnologías de la información, en el periodo comprendido entre los años 2008 y 2012, mostrando su crecimiento significativo a tasas mayores que el promedio de la economía. En segundo lugar, se analiza el impacto previsible de la Ley de Software sobre la internacionalización de las empresas nacionales de SWTI.

2.1. Evolución de las Exportaciones

El sector de SWTI ha visto aumentar sus exportaciones en los últimos cinco años hasta alcanzar en el año 2012 una cifra récord de US\$292 millones; en el gráfico siguiente se aprecia la evolución para el periodo 2008-2012 de las ventas en el exterior reportadas por las empresas a la DIAN:



El crecimiento compuesto para el periodo analizado fue de 34.2%, mientras que las ventas en el exterior reportadas a la DIAN por el total de empresas de los diversos sectores económicos alcanzaron una tasa compuesta de 9.6%.

Se destaca que en el último año las exportaciones crecieron un 11%, porcentaje significativamente mayor comparado con el registrado para el conjunto de la economía, esto es, 3.1%.

El incremento de las exportaciones del sector en el periodo analizado posibilitó que su participación sobre el total exportado por la economía pasará del 0.1% en el año 2008 al 0.42% en el año 2012.

Sin embargo la importancia de la evolución del sector de SWTI se puede mirar de otra manera: en el año 2012 alcanzó el 1.4% del total exportado por el país, sin incluir los sectores de minería y petróleo.

Si bien este porcentaje todavía no es significativo, su variación es notoria y creciente, por lo que en el mediano plazo puede convertirse en una fuente de divisas importante para el país.

2.2. El sector de SWTI en el contexto mundial

A pesar del elevado crecimiento en los últimos años, las exportaciones del sector de SWTI tienen un potencial de crecimiento mucho mayor si se tiene en cuenta que, de acuerdo con estimativos de la Alianza Mundial de Tecnología de la Información y Servicios Conexos (WITSA)¹¹, los gastos en software y servicios informáticos en el mundo ascendieron a 1,2 billones de dólares en el año 2011.

9 José Ignacio López Sánchez, ¿Pueden las tecnologías de la información mejorar la productividad? *Universia Business Review*, núm. 1, primer trimestre, 2004.

10 Proexport, Software y Servicios de Tecnología de la Información TI, 2011.

11 www.witsa.org

Colombia no participa activamente en el mercado internacional: el estudio de la UNCTAD¹² en el año 2010, aplicado a nivel mundial, calificó a Colombia como uno de los países con baja intensidad de exportaciones y gasto de software y servicios informáticos con relación al PIB, muy por debajo de países como Argentina, Costa Rica, Uruguay y Jamaica.

Para aprovechar las oportunidades que brinda el mercado global, el sector de SWTI colombiano requiere una transformación profunda, ya que según un estudio de la firma McKinsey¹³ presenta bajos niveles de competitividad internacional debido a que la industria se ha desarrollado con una marcada orientación al mercado local y sin una estrategia de especialización.

Con la aplicación de los instrumentos previstos en la Ley de Software el sector de SWTI podría insertarse de manera más eficiente en el mercado global, generando mayores divisas, ayudando a reducir los déficits comerciales e incentivando la creación de empleos en las empresas del sector. En efecto, en el Capítulo VII de la mencionada ley se plantea que el Fondo de Promoción de la Industria de Software (Fonsof) lidere la implementación de políticas y acciones concretas, por parte de las entidades públicas y privadas, que permitan convertir al país en un jugador importante en el mercado internacional de software y servicios conexos, y superar así algunos factores que le impiden ser más competitivo en el mercado internacional: la insuficiencia de recurso humano calificado y bilingüe, poca participación en actividades con innovación y desarrollo en las empresas, dificultades de acceso a capital y niveles de tributación que no permiten ser competitivos, principalmente.

Es de esperar que el impacto de la ley sobre el sector externo sea considerable teniendo en cuenta además, para este ejercicio, que deben considerarse las oportunidades que presenta el mercado mundial. Estos dos elementos permiten proyectar el crecimiento de las exportaciones para los próximos cinco años, suponiendo que se puedan aplicar los mecanismos de promoción del sector incluidos en la ley y bajo los dos escenarios que se presentan a continuación:

i) Un escenario en el que se mantenga la tasa compuesta de la economía de los últimos cinco años -34%-;

ii) Un segundo escenario menos optimista en donde el crecimiento compuesto de las exportaciones de las empresas de SWTI sea igual al 17%, cifra que corresponde a la mitad del escenario anterior.

En el primer escenario, las exportaciones en el año 2017 serían de US\$1.238 millones, mientras que en el segundo escenario se llegaría a US\$623 millones, cifras considerables y que tendrían gran incidencia sobre el sector externo nacional y en los indicadores de empleo.

Si se tiene en cuenta que entre los años 2008 y 2012 la tasa compuesta de crecimiento de las ventas

en el exterior de todas las empresas que reportan a la DIAN –excluyendo minería y petróleo–, fue de 1%, con los escenarios previstos, la participación en las exportaciones del sector de SWTI llegaría en el año 2017 al 6% y con tendencia a seguir aumentando su participación en los años siguientes.

Este incremento sustancial de las exportaciones en los próximos años solo será factible de lograr en la medida en que la ley sea aprobada y las empresas nacionales puedan aprovechar las herramientas que contempla en sus diferentes artículos para mejorar la competitividad del sector de SWTI en el mercado mundial.

Como se explicó en el capítulo anterior, el crecimiento del sector de SWTI tiene una influencia directa sobre la competitividad y productividad de la economía; por tanto, en la medida que el sector se consolide en el mercado mundial, sus efectos serán más notorios sobre la economía nacional.

III. CAPACIDAD DE GENERACIÓN DE EMPLEO DEL SECTOR DE SWTI

En esta parte del documento se presenta inicialmente un estimativo del número de empleos del sector de SWTI, a partir de proyecciones realizadas con información de Fedesoftware y la DIAN. Posteriormente se examina el efecto que tendría la aplicación de las medidas contempladas en la Ley de Software el empleo en el sector de SWTI y en los demás sectores de la economía.

3.1. Empleo en el Sector de SWTI

Actualmente el país no cuenta con estadísticas confiables sobre la evolución del empleo en el sector de SWTI. El trabajo más serio y especializado a este respecto fue realizado por Fedesoftware en el 2012¹⁴, cuando se encuestó a 1.120 empresas sobre diversos aspectos del funcionamiento del mercado. Por esta razón se utilizará dicho estudio para proyectar el número de empleos generados por el sector.

En la encuesta efectuada, 948 empresas respondieron las preguntas relacionadas con los temas laborales, reportando que el total de personal ocupado ascendió a 27.577 individuos. En el cuadro siguiente se presenta el personal empleado por tipo de empresa¹⁵:

TABLA 1
NÚMERO DE EMPLEADOS POR TIPO DE EMPRESA
ENCUESTA FEDESOFTE - AÑO 2012

TIPO DE EMPRESA	NUMERO DE EMPRESAS	TOTAL EMPLEADOS	PROMEDIO DE EMPLEADOS POR TIPO DE EMPRESA
Grande	22	12.186	554
Mediana	66	6.943	105
Pequeña	241	6.663	23
Micro	619	2.896	5
TOTAL	948	27.577	29

Para proyectar el empleo total en el sector de SWTI se utilizó la siguiente metodología:

i) En primer término, se utilizaron los resultados de la encuesta realizada por Fedesoftware con relación

12 UNCTAD, ibid.

13 MCKINSEY & COMPANY. Desarrollando el sector TI como uno de clase mundial. Bogotá: Ministerio Comercio, Industria y Turismo. 2008. Presentación en Power Point.

14 Fedesoftware - Informe de cifras del sector Software y servicios relacionados 2012.

15 Las empresas se clasificaron por tamaño de acuerdo con el número de empleados según los criterios de la Ley 905 de 2004.

al promedio de empleados por cada tipo de empresa (ver Tabla 1);

ii) En segundo lugar, se tomó la información de la DIAN¹⁶ referente al número de empresas que hacen parte del código CIU 72, lo cual sirve de estimativo del total de empresas que conforman el sector de SWTI;

iii) La información de la DIAN sobre el número total de empresas del código CIU 72 está discriminada por tipo de empresa; por tanto, se conoce el número de micro, pequeñas, medianas y grandes empresas que hacen parte del sector de SWTI;

iv) Para estimar el total de empleados del sector se tomó el número de empleados promedio por tipo de empresa, según la encuesta de Fedesoft, y se multiplicó por el número de empresas del código CIU 7220 de la información originada por la DIAN.

Las proyecciones sobre el total de empleados se pueden apreciar en la Tabla siguiente:

TABLA 2
ESTIMATIVO
NÚMERO DE EMPLEADOS POR TIPO DE EMPRESA

TIPO DE EMPRESA	NÚMERO DE EMPRESAS CIU 7220 Información DIAN	promedio de empleados por tipo de empresa información FEDESOF	Estimado Total empleados
Grande	19	554	10.526
Mediana	103	105	10.815
Pequeña	775	23	17.825
Micro	3.009	5	15.045
TOTAL	11.126		54.211

De la Tabla 2 se desprende que el total de empleos en el sector se estima en 54.211. Es muy importante resaltar que el empleo generado por el sector de SWTI es calificado: según la encuesta de Fedesoft más del 74% está conformado por profesionales que poseen al menos un título universitario, el 13% por tecnólogos y el 8% por técnicos. Estos porcentajes sumados representan el 95% del total, equivalente a 51.200 empleos, un porcentaje interesante si se tiene en cuenta que pocos sectores de la economía están en capacidad de absorber tal cantidad de profesionales y tecnólogos.

3.2. Impacto de la ley de *software* en los niveles de empleo

Las cifras presentadas en los acápites anteriores del documento sobre el crecimiento del mercado interno y las exportaciones de la industria de SWTI permiten suponer que el empleo se incrementará drásticamente en los próximos años, con la aplicación de los estímulos al mercado contemplados en la ley de *software*.

Ahora bien, para proyectar el crecimiento del empleo en los últimos años debe considerarse el gran aumento que ha presentado en el último año. Según datos del DANE¹⁷, el personal ocupado en el sector de informática presentó un cambio, año corrido, de 15,2% en el primer trimestre de 2013, mientras que en el año 2012 obtuvo un crecimiento promedio trimestral de 12,1%.

Al agregar el incremento en los ingresos del sector y de las exportaciones, con la evolución de la tasa de personal ocupado, se puede construir un escenario conservador de crecimiento del empleo del sector de SWTI para los próximos cinco años en donde se utilice una tasa compuesta anual de 12,1%. Este supuesto es sustentable en la medida que la ley de *software* sea aprobada y los estímulos al mercado que contempla se hagan efectivos.

Con este escenario, el empleo del sector pasaría de los 54.211 estimados en el 2012 a cerca de 96.000 empleos en el año 2017. Es decir, se crearían 41.789 nuevos puestos de trabajo.

Un efecto muy importante para los indicadores sociales del país, máxime si, como se explicó, la mano de obra es calificada. No puede perderse de vista que, desde una perspectiva social, el fortalecimiento del sector permitirá generar empleo y absorber a los más de 7.852 jóvenes egresados¹⁸ anualmente de las universidades en programas académicos relacionados con las tecnologías de la información.

Para optimizar la utilización de los recursos humanos adicionales que requerirá el sector en los próximos años y teniendo en cuenta que su grado de calificación es un factor de competitividad para penetrar los mercados externos, la ley de *software* prevé en su artículo 9º revisar los contenidos de los programas educativos a todo nivel, con el fin de que se “fomente la formación y habilitación del recurso humano requerido por la industria en términos de cantidad, calidad y perfil”.

Por otra parte, debe considerarse el impacto sobre los niveles de ocupación en la economía del crecimiento del empleo en el sector de SWTI. Dado que a nivel de la literatura mundial sobre el tema no existe un coeficiente que valore dicho impacto, la cifra más aproximada es la utilizada por Min-Tic¹⁹ para referirse a la relación existente entre la variación en el empleo de las TIC y el resto de la economía; según el Ministerio, por cada empleo generado en las TIC se crean 1,2 empleos en la economía.

Por tanto, de acuerdo con los cálculos realizados sobre el número de empleos generados por el sector de SWTI en el periodo 2013-2017, cerca de 41.789, en el resto de la economía se crearían más de 50.000 nuevos puestos de trabajo. Esto, sin duda, demuestra la importancia para la economía que la ley de *software* sea aprobada.

Sin lugar a dudas, este potencial del sector de SWTI para impactar los niveles de empleo lo convierte en un sector estratégico para la economía del país.

IV. EL SECTOR DE SWTI Y EL PROGRAMA VIVE DIGITAL

El Programa Vive Digital del Gobierno Nacional ha logrado en los últimos años resultados muy importantes para permitir el acceso de computadores a la población, mejorar la conectividad del país y masificar el uso de la banda ancha.

¹⁶ La información proviene de las declaraciones de IVA de las sociedades presentadas a la DIAN en el año 2011.

¹⁷ DANE, Muestra Trimestral de Servicios I Trimestre de 2013.

¹⁸ Mckinsey.

¹⁹ Min-Tic, Plan Vive Digital. 2012.

Para profundizar los resultados de Vive Digital, el desarrollo del sector de SWTI se convierte en una herramienta clave para que los beneficios obtenidos por los hogares, escuelas y Pymes, entre otros, se incrementen y alcancen cada vez a mayores segmentos de la población.

En este sentido, la aplicación de los instrumentos previstos en la ley de *software* puede llevar al Programa Vive Digital a una segunda fase, en la que más segmentos de la población puedan acceder al *software* y servicios conexos.

Particularmente, el artículo 24 de la citada ley propone la exclusión de la industria del *software* del impuesto sobre las ventas, lo que sin duda favorecerá que los hogares, mipymes y centros educativos en las regiones apartadas del país optimicen el uso de los computadores y de la conexión a la banda ancha.

En países como el nuestro, la población de bajos ingresos presenta una demanda muy baja por *software* y tecnologías de la información, que podría estimularse con la exención de IVA propuesta en la ley, lo que a su vez se convierte en un reto para las empresas nacionales, que tendrán la posibilidad de desarrollar productos y servicios que les permita “colonizar” este mercado potencial.

El caso de las Mipymes es particularmente interesante: la falta de acceso a las TI las lleva a un rezago tecnológico que les impide optimizar sus procesos y por ende su cadena de valor. En la medida en que puedan aumentar su demanda, aumentará su efectividad operacional y podrá mejorar su competitividad en los mercados.

En conclusión, la consolidación del sector de SWTI conlleva un impacto social al favorecer a los segmentos de la población que tradicionalmente no utilizan intensivamente las tecnologías de la información en su vida diaria ni en su actividad económica.

V. CONCLUSIONES

En el presente documento se ha podido apreciar cómo el sector de SWTI ha presentado en los últimos cinco años un crecimiento dinámico y por encima del total de la economía; su participación en el PIB se ha incrementado notablemente y las exportaciones han crecido vertiginosamente, mostrando su creciente importancia en el contexto económico nacional.

Así las cosas, el sector de SWTI tiene una potencialidad de crecimiento hacia el futuro, muy grande, la cual se podría desarrollar con la aprobación de la ley de “promoción y fomento del software y servicios conexos”, la cual contiene instrumentos y estímulos que generarán en el corto plazo un impacto positivo tanto en la industria de SWTI como en la economía nacional.

Para impulsar el mercado, en la ley se proponen varias medidas para desarrollar la demanda de *software* y servicios conexos, especialmente en el sector público, y se le asigna un papel vital al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min-Tic) para que lidere la implementación y compra de *software*—de preferencia nacional— en las entidades públicas.

Por otra parte, con la aplicación de los incentivos tributarios y crediticios contemplados en la ley de

software, las empresas nacionales de SWTI cuentan con herramientas para desarrollar la oferta del sector y aprovechar la demanda potencial existente. Pero este impacto se sentirá también sobre la economía del país; la experiencia internacional indica que el crecimiento del sector de SWTI es un elemento clave para mejorar la competitividad y productividad de las empresas y, en el mediano plazo, el bienestar de la sociedad.

Con la aplicación de los instrumentos previstos en la ley se esperaría que, en los próximos cinco años, el porcentaje de los ingresos de las empresas del sector de SWTI con relación al PIB—sin incluir minería y petróleo—llegaría al 2,9 %, mientras que las exportaciones en el año 2017 serían de US\$ 1.238 millones.

De aprobarse la ley de *software*, el sector de SWTI podría insertarse de manera más eficiente en el mercado global, generando mayores divisas, ayudando a reducir los déficits comerciales e incentivando la creación de empleos en las empresas del sector y en el resto de la economía. En efecto, en la ley se plantea que el Fondo de Promoción de la Industria de Software (Fonsof) lidere la implementación de políticas y acciones concretas que permitan convertir al país en un jugador importante en el mercado internacional de *software* y servicios conexos, y superar así algunos factores que le impiden ser más competitivo en el mercado internacional: la insuficiencia de recurso humano calificado y bilingüe, poca participación en actividades con innovación y desarrollo en las empresas, dificultades de acceso a capital y niveles de tributación.

Otro efecto muy importante de la aplicación de la ley de *software* se relaciona con la generación de empleo: en los próximos cinco años se crearían 41.789 nuevos puestos de trabajo en el sector de SWTI y 50.000 empleos en el resto de la economía.

Para finalizar, es pertinente destacar que la aprobación de la ley de *software* se puede llevar al Programa Vive Digital a una segunda fase, en la que más segmentos de la población puedan acceder al *software* y servicios conexos. En efecto, la consolidación del sector de SWTI conllevaría un impacto social al favorecer a los segmentos de la población que tradicionalmente no utilizan intensivamente las tecnologías de la información en su vida diaria ni en su actividad económica.

Atentamente,



SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 30 de 2014, por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del soft-

ware y servicios conexos colombianos, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el honorable Senador *Jimmy Chamorro Cruz*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 24 de julio de 2014

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Sexta Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

José David Name Cardozo

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL COMISIÓN SEXTA

Bogotá, D. C., 30 de julio de 2014

En la fecha fue recibido de la Secretaría General del honorable Senado de la República, el Proyecto de ley número 30 de 2014, *por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos*, el cual consta de 28 folios.


ROSALBA LÓPEZ GÓMEZ
Subsecretaria Comisión Sexta
H. Senado de la República

Bogotá, D. C., 30 de julio de 2014

SENADO DE LA REPÚBLICA
PRESIDENCIA - COMISIÓN SEXTA

Damos traslado a la Presidencia de la Comisión, para hacer el reparto correspondiente del Proyecto de ley número 30 de 2014, Senado, *por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos*.


ROSALBA LÓPEZ GÓMEZ
Subsecretaria Comisión Sexta
H. Senado de la República

Comisión Sexta Constitucional Permanente
Bogotá, D. C., 16 de septiembre de 2014
Honorable Senador

ÁNGEL CUSTODIO CABRERA BÁEZ

Despacho

Respetado Senador:

Por instrucciones del señor Presidente de esta Célula Legislativa, honorable Senador LAUREANO AUGUSTO ACUÑA DÍAZ, de manera atenta me permito informarle que ha sido designado Ponente para Primer Debate, del Proyecto de ley número 30 de 2014 Senado, *por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos*.

La ponencia deberá presentarse en original y dos (2) copias, de acuerdo a lo estipulado en el Reglamento del Congreso. **Rogamos el favor de enviar el documento a los correos de la Comisión.**

Cordialmente,


JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS
Secretario General
Anexo: Copia del Proyecto

* * *

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 115 DE 2014
SENADO**

por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónanse dos párrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor:

“**Parágrafo 1°.** *Salvo lo previsto en los párrafos 2° y 3° del artículo 317 de la presente ley, el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011, dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento de que trata el presente artículo.*”

“**Parágrafo 2°.** Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe ante el Juez de Control de Garantías que las no privativas de la libertad resultan

insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

Artículo 2°. Adiciónase un párrafo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor:

“Parágrafo. *La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga”.*

Artículo 3°. Modificase el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 310. Peligro para la comunidad. *Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:*

1. *La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
2. *El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
3. *El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
4. *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
5. *Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.*
6. *Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.*
7. *Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.*

Artículo 4°. Modificase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 317. Causales de libertad. *Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1° del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:*

1. *Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.*
2. *Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.*
3. *Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.*

4. *Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.*

5. *Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio”.*

6. *Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.*

Parágrafo 1°. *Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011.*

Parágrafo. 2°. *En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los acuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad.*

Parágrafo. 3°. *Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas.*

Cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar o terminar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia, la audiencia se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en los numerales 5 y 6 del artículo 317.

Artículo 5°. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, salvo el artículo 1° y el numeral 6 del artículo 4°, los cuales entrarán a regir en un (1) año contado a partir de la fecha de su promulgación, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

YESID REYES ÁLVARADO
Ministro de Justicia y del Derecho

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación

Bogotá, D. C., 28 de octubre de 2014

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

La Ciudad

Señor Secretario:

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, conforme al artículo 200,

numeral 1, de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 140 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, por su digno conducto se permite poner a consideración del Honorable Congreso de la República el siguiente proyecto de ley, *por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad*, para lo cual se presenta la siguiente

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. El estado de cosas de la política criminal

El concepto de política criminal ha sido planteado por la Corte Constitucional desde una visión amplia como el conjunto de las respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerles frente a conductas lesivas de los derechos de las personas y de las condiciones básicas de convivencia social¹. La Corte, además, da cuenta de que la política criminal no se reduce a la respuesta penal a tales conductas, sino que en su diseño intervienen también otras políticas públicas, como las dirigidas a la convivencia y a la seguridad.

Un reciente estudio de la Comisión Asesora de Política Criminal informa sobre la accidentada construcción de la política pública en materia criminal en Colombia, orientada permanentemente por situaciones coyunturales y no como producto de una seria planeación de los efectos críticos de la criminalidad y de la manera como la enfrenta el Estado². La consecuencia de esto es la presencia desarticulada y fragmentada de políticas públicas que, con objetivos diversos, pretenden hacer frente al asunto criminal. En efecto, los instrumentos legales y políticos del Estado colombiano se han caracterizado por carecer de una estrategia sólida para reducir la conflictividad social y para buscar mayores niveles de convivencia.

Muestra de lo anterior son las disposiciones sobre la procedencia de medidas de aseguramiento y, en particular, sobre la detención preventiva, en el Código de Procedimiento Penal. Para citar solo un par de casos, se expone a continuación el estado de cosas en los últimos años relacionado con los artículos 310 (peligro para la comunidad) y 313 (procedencia de la detención preventiva) de dicho cuerpo normativo.

En primer lugar, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal establecía originalmente lo siguiente:

1 Cfr. C-646/01, C-034/05, C-468/09, C-936/10, C-742/12, entre otras.

2 Comisión Asesora de Política Criminal. *INFORME FINAL. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá, D. C., junio de 2012. Este informe es producto del trabajo realizado por académicos y expertos independientes, quienes evaluaron las condiciones estructurales y micro-sociales de cada uno de los campos abordados para extraer lineamientos políticos criminales. Presenta el estado actual de la cuestión criminal colombiana y, entre otros asuntos, los desafíos más importantes que deben afrontar las políticas públicas en materia criminal. La Comisión fue creada en febrero de 2011 por el entonces Ministerio del Interior y de Justicia.

“Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: “1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

“2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

“3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Posteriormente, la Ley 1142 de 2007 incluyó una circunstancia adicional por la que procede la detención preventiva en establecimiento carcelario según la cual si la persona ha sido capturada por delito o contravención dentro del año inmediatamente anterior a la nueva imputación, también procede dicha medida:

“4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

Luego, la Ley 1453 de 2011 introdujo una nueva modificación, ampliando la circunstancia descrita en el numeral 4 que había incorporado la Ley 1142 de 2007, de manera que ahora procede la detención preventiva en establecimiento carcelario si, satisfechos los requisitos del artículo 308, se da la circunstancia de que la persona haya sido capturada por delito o contravención dentro de los tres años anteriores a la nueva imputación:

“4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

Basta lo anterior para dar cuenta de la creciente tendencia a modificar el sistema penal en aras de aumentar las circunstancias por las que las autoridades judiciales pueden determinar la privación de la libertad de un imputado, muchas veces sin tener en cuenta todos los aspectos que configuran la política criminal, que, como se dijo, no está limitada a la respuesta jurídico-penal contra el delito, sino que también incluye gran cantidad de aspectos de orden institucional y social. En este caso en particular, las modificaciones de los últimos años tienden a aumentar las circunstancias que favorecen la privación de la libertad, causando no solo una excesiva afectación al derecho fundamental a la libertad, sino también una presión desmesurada en el sistema carcelario, sin un adecuado análisis sistemático de la política criminal.

En segundo lugar, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 desarrolla el contenido del numeral 2 del artículo 308 *ejusdem*, estableciendo como requisito para el decreto de la medida de aseguramiento que el imputado constituya un peligro para la comunidad.

Originalmente, la citada disposición establecía lo siguiente:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

“1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

“2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

“3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

“4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”.

Con posterioridad, el legislador introdujo una modificación al texto, mediante la Ley 1142 de 2007, según la cual “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible” para estimar si la libertad resulta peligrosa para la comunidad, además de la valoración de las circunstancias que ya establecía originalmente la Ley 906:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

“(…). (Se subraya para resaltar)”.

Ante el evidente riesgo de inconstitucionalidad de tal modificación, toda vez que se hacían nugatorios los requisitos constitucionales que justifican la privación preventiva de la libertad (dispuestos, además, en el artículo 308 del Código Procedimental), la Corte Constitucional advirtió que tal disposición resulta peligrosista, pues “no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento y al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad”³.

La advertencia de la Corte dio lugar a la exequibilidad condicionada de la disposición en comento, en el entendido de que “para el funcionario judicial, al momento de determinar el peligro que el imputado representa para la comunidad, no es suficiente la gravedad y la modalidad de la conducta punible, sino que siempre deberá valorar, bajo las finalidades que la Constitución le ha otorgado a esa clase de medidas preventivas, además de los requisitos contenidos en el artículo 308 de la Ley

906 de 2004, las demás circunstancias contenidas en los numerales 1 a 4 del artículo 310 *ibidem*”⁴.

Ante la interpretación normativa que hiciera la Corte Constitucional, el legislador reaccionó. Mediante la Ley 1453 de 2011 se incluyó en el encabezado del artículo 310 en comento una modificación en el siguiente sentido:

“Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias” (se subraya el texto incluido por la Ley 1453 de 2011).

La Corte Constitucional analizó también otro aparte de la norma en comento, encontrándolo atentatorio contra el principio de presunción de inocencia. El numeral 3 del artículo 310 establecía como circunstancia favorable a la privación preventiva de la libertad el hecho de “estar [el imputado] acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional”.

Al respecto, la Corte advirtió que el propósito que orienta la adopción de las medidas de aseguramiento es preventivo y no sancionatorio. Consideró que el hecho de hacer producir efectos negativos a una medida de aseguramiento en otro proceso penal, diferente de aquel en el que fue proferida, desvirtúa su naturaleza preventiva y su propósito de salvaguardar los fines del proceso que le dio origen, adquiriendo de manera indebida connotaciones de sanción. Advierte la Corte la desproporción en la que incurre el legislador, pues sin justificación alguna sitúa en una misma situación a quien soporta una medida de aseguramiento o es acusado por cualquier delito, incluso culposos, y a aquel que ya fue condenado por un delito doloso o preterintencional, lo cual resulta en efecto desproporcionado:

“La acusación es un acto del proceso que se fundamenta en la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, de la cual se pueda inferir, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe (artículo 336 C. P. P.). Constituye el marco para el debate público que se llevará a cabo en el juicio. La medida de aseguramiento, por su parte, tiene carácter preventivo, y no siempre comporta la privación efectiva de la libertad (artículo 307 C. P. P.). Su propósito es garantizar el cumplimiento de los fines de la investigación. Desde el punto de vista del grado de certeza requerido para esta decisión, su decreto requiere que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos o asegurados o de la información obtenida legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta que se investiga (artículo 306 C. P. P.). Es evidente que el imputado o acusado que se encuentre cobijado por una medida de aseguramiento o por una

3 Corte Constitucional. Sentencia C-1198 de 2008. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

4 *Ibidem*.

formulación de acusación, está amparado por el principio de presunción de inocencia, por lo que resulta contrario al artículo 29 superior equiparar, como lo hace el inciso 3º del artículo 310 del C. P. P., estas situaciones procesales en las que aún no se ha desvirtuado la presunción de inocencia, con otros institutos como los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, que presuponen la existencia de una condena. De forma consistente, y como una afirmación de la libertad y de la presunción de inocencia que ampara a la persona sometida a proceso penal, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado la importancia de que la decisión acerca de la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva tome en cuenta la necesidad e idoneidad que esta ofrezca para asegurar los fines constitucionales del proceso, y que esté mediada por criterios de razonabilidad. Esta valoración debe efectuarse en concreto, en relación con las características específicas del proceso en el cual se examina la posibilidad de adoptar una medida de aseguramiento, y no tomando en cuenta circunstancias que ya fueron objeto de valoración a la luz de los fines específicos de otro proceso”⁵.

Ante tales argumentos, la Corte decretó la inexequibilidad de la disposición, según la cual se justificaba la medida de aseguramiento privativa de la libertad cuando el imputado estuviera acusado o se encontrara sujeto a alguna medida de aseguramiento por cualquier delito en otro proceso penal.

Lo anteriormente expuesto es tan solo una muestra representativa de la accidentada política criminal, fragmentada y coyuntural, que en los últimos años se ha concretado en medidas que suelen atentar contra el derecho a la libertad. El Estado Social de Derecho debe erigirse sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. El propósito del Estado Social de Derecho no prioriza, por tanto, la persecución penal y, dentro de esta, menos ha de priorizar la excesiva carga de privación preventiva de la libertad contra los ciudadanos que deben soportar una investigación penal.

Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, publicado el 30 de diciembre de 2013, advirtió como una práctica generalizada el hecho de que los fiscales imputen y soliciten la detención preventiva aun cuando no tengan suficiente evidencia para hacerlo, advirtiendo además que la detención preventiva suele utilizarse como una herramienta de investigación⁶.

Según la Comisión, en Colombia la detención preventiva también es utilizada para “forzar a los

procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos”, razón por la cual “los fiscales imputan y solicitan la prisión preventiva, aun cuando no tengan suficiente evidencia”. En otras palabras, se dijo que en nuestro país se está utilizando la detención preventiva como una herramienta de investigación en un contexto en el que existen importantes presiones sociales, mediáticas e incluso provenientes de las propias autoridades públicas en torno a la efectividad de la represión penal, frente a la delincuencia.

Para la fecha del citado informe, la Comisión dio cuenta de que a 31 de diciembre de 2012, de las 113.884 personas privadas de la libertad de Colombia, el 30,35% (34.571 personas) eran sindicadas, y el 69,65% (79.313 personas) eran condenadas⁷, lo cual evidencia el gran porcentaje de población de presos sin condena. Sin duda, ese crecimiento ha tenido que ver fundamentalmente con reformas penales que han impactado directamente en los niveles de encarcelamiento preventivo.

Entre las principales causas evidenciadas en los últimos años de los altos índices de personas en prisión preventiva en la región, se han señalado la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de la defensoría pública, las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública, **la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva, la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares**, la corrupción, el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores, y la extrema dificultad en lograr su revocación, entre otras.

Además de las advertencias de la Corte Constitucional y de lo evidenciado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cabe destacar que la indefinición del término máximo de la detención preventiva y su uso inadecuado ha generado, a la fecha, 18.797 procesos contra el Estado por privación injusta de la libertad, cuya cuantía se ha calculado en \$23,9 billones. De manera que el mal uso de esa medida no ha afectado únicamente el derecho a la libertad de los ciudadanos, sino que también ha causado un histórico detrimento al patrimonio del Estado.

En ese mismo informe la Comisión hizo referencia a otros factores que inciden en el uso indiscriminado de la prisión preventiva: **“las políticas criminales que con distinta denominación y mecanismos plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia;** y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial” (negrilla para resaltar).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-121 de 2012. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ La situación descrita no solo incide negativamente en el derecho a la defensa, sino que también ha generado efectos perversos en el Sistema Penitenciario y Carcelario, pues la población sindicada ha presentado un incremento acelerado. Así, entre enero de 2013 y agosto de 2014 la población sindicada pasó de 35.519 a 41.178 personas.

⁷ A la fecha de elaboración del presente documento (septiembre de 2014), existen 116.585 personas privadas de la libertad, de las que 41.178 son sindicadas y 75.407 son condenadas.

Uno de los hallazgos de la Comisión es concluyente en este sentido, pues expresa la creciente tendencia de endurecer el sistema penal como política criminal:

“(…) Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; potenciar la aplicación de la prisión preventiva; aumentar las penas y ampliar el catálogo de delitos punibles con pena de prisión; abstenerse de establecer medidas alternativas a la prisión y restringir el acceso o la posibilidad de concesión de determinadas figuras legales propias del proceso de ejecución de la pena en las que el recluso progresivamente va ganando espacios de libertad”.

El informe sobre prisión preventiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos coincide con el Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado colombiano, al referir que las reformas penales de la última década “no se han venido dando como resultado de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo acerca de su pertinencia, viabilidad y consecuencias”, sino como respuesta a situaciones coyunturales, presiones sociales o mediáticas en atención a determinados hechos concretos. A esto se agrega el uso del sistema penal como un ‘fortín político’, como un objeto de réditos políticos, particularmente en épocas preelectorales, del que suele echarse mano con medidas populistas.

Según la Comisión Asesora, no menos importante es la consecuencia negativa que la aplicación de este tipo de políticas criminales ha venido generando en los sistemas penitenciarios. Sin duda, esta se constituye en una razón secundaria, pero no de poca monta en las medidas que han de implementarse en relación con el uso de la detención preventiva en el sistema procesal penal colombiano. A la fecha, de las 116.585 personas privadas de la libertad, el 35% son detenidas preventivamente.

Acerca del aumento de las detenciones preventivas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha establecido que las detenciones preventivas “defectuosas”, se convierten en el fundamento para la declaración de la responsabilidad del Estado. Por lo anterior, expuso:

“La aplicación de cualquier medida de aseguramiento que implique restricción de la libertad –incluyendo la detención extramural– debe ser siempre excepcional, con apego estricto a la ley, no admite como fundamento de la misma presunciones, debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario, y debe obedecer prima facie a criterios de necesidad y proporcionalidad demostrables en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin que se pretende garantizar. (...) Si bien la ley permite actualmente fundamentar la medida en la gravedad y modalidad de la conducta punible, a efectos de proteger a la comunidad o a las víctimas, el criterio de peligrosismo ha sido excluido por el derecho

*internacional de los derechos humanos”*⁸. (Negrilla para resaltar).

II. Necesidad de una política criminal coherente y articulada que atienda a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas de la libertad.

a) Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben estar sujetas a un término perentorio.

Conforme al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, las medidas de aseguramiento se dividen en privativas de la libertad y no privativas de la libertad. Las privativas de la libertad pueden ser: i) detención preventiva en establecimiento de reclusión, y ii) la detención preventiva en la residencia del imputado. A su turno, las medidas no privativas de la libertad son: i) sometimiento a un mecanismo de vigilancia electrónica; ii) sometimiento a la vigilancia de una institución o de una persona; iii) presentación periódica ante el juez o ante la autoridad designada; iv) observación de buena conducta individual, familiar o social “con especificación de la misma y su relación con el hecho”; v) prohibición de salir del país, del lugar de residencia o de un ámbito territorial establecido por el juez; vi) abstención de concurrir a ciertos lugares o reuniones; vii) prohibición de comunicarse con determinadas personas o con la víctima, siempre y cuando no se lesione el derecho a la defensa; viii) constitución de una caución real y adecuada, y ix) abstención de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m., y las 6:00 a. m.

En virtud de lo anterior, el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de uno de sus delegados, puede decretar la medida de aseguramiento cuando de la evidencia física o de los elementos materiales probatorios se pueda inferir, “razonablemente”, que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga, siempre y cuando se cumpla uno de los siguientes requisitos constitucionales (artículo 308, Ley 906 de 2004):

“1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

“2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

*“3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”*⁹.

En referencia exclusiva a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, cabe mencionar que el artículo 28 de la Constitución Política consagra como excepción al derecho a la libertad la prisión o el arresto, solo cuando medie mandato escrito de la autoridad judicial competente, se observen las formalidades legales y se trate de un motivo previamente establecido en la ley. Lo anterior,

⁸ Circular Externa número 5 de 2014, Lineamientos sobre prevención del daño antijurídico por privación injusta de la libertad y estrategias generales de defensa jurídica, página 4.

⁹ Artículo 308, Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

indica, tal como lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-327 del 10 de julio de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz, que esta potestad judicial no es absoluta.

Así, el ejercicio de la mencionada reserva judicial para la limitación de la libertad, “guarda relación con el *‘principio de legalidad de la privación preventiva de la libertad’*, el cual deviene del *‘principio de legalidad de la sanción penal’*¹⁰, de modo que las exigencias para la aplicación de este último se hacen extensivas a aquellas, aunque no se trate de una definición por haber transgredido la normatividad penal, sino de una prevención. Mientras se determina la responsabilidad, sin que ello constituya la **imposición de una sanción penal**, habida cuenta que su naturaleza es cautelar y con carácter meramente instrumental o procesal, mas no punitivo^{11, 12}. (Negrilla en el texto original).

En virtud de lo expuesto, se desprende que la detención preventiva no debe ser la regla general, sino, por el contrario, debe aplicarse de manera excepcional¹³. Lo indicado, llevó a la Corte Constitucional a establecer que el legislador no solo debe señalar los motivos por los cuales se puede decretar esa medida de aseguramiento, sino que, en observancia a los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de necesidad y de proporcionalidad, su duración debe ser claramente definida; lo contrario desvirtuaría el carácter preventivo de la medida y su finalidad de “salvaguardar los fines del proceso que le dio origen, adquiriendo connotaciones desproporcionadas”¹⁴.

El artículo 307 del Código de Procedimiento Penal no contempla un término o límite para que cese la detención preventiva, situación que ha repercutido gravemente en el derecho al debido proceso de las personas por la dilación injustificada de la privación de la libertad o la prolongación indefinida de los términos procesales. Así, la Corte Constitucional ha determinado que “la indefinición de términos, particularmente cuando puedan afectar la libertad personal del procesado, resulta inconstitucional”¹⁵.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta, como arriba se ha reiterado, que actualmente se presenta un uso inadecuado de la detención preventiva por parte de los operadores judiciales. La situación descrita, no solo incide negativamente en el derecho a la defensa sino que también ha generado efectos perversos e innecesarios en el Sistema Penitenciario y Carcelario, pues la población sindicada ha presentado un incremento acelerado.

Ahora bien, el límite temporal que el legislador establezca para efectos de la privación preventiva de la libertad, debe estar claramente informado y

en coherencia con la duración efectiva del proceso penal ordinario a partir de la imposición de la medida de aseguramiento, de manera que el máximo legal que se defina no resulte en contradicción con la debida administración de justicia. Por tal razón, la propuesta del artículo 1° del presente proyecto de ley, tiene en cuenta los tiempos procesales desde la imposición de la medida de aseguramiento hasta la celebración de la audiencia de juicio:

Momento procesal	Ley 906 de 2004	Artículo	Ley 906 de 2004 (3 o más delitos o procesados y casos de justicia especializada)	Artículo	Ley 1474 de 2011 (delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado)	Artículo
Imputación	No define término para el desarrollo de esta audiencia		No define término para el desarrollo de esta audiencia		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Plazo para siguiente audiencia	90 días (si el fiscal no toma una decisión se nombrará nuevo fiscal que	Art. 175	120 días (si el fiscal no toma una decisión se nombrará nuevo fiscal que tendrá 90 días para una	175 inciso 2	El doble del término ordinario, es decir, 180 días.	Art 35 (art 175 ley 906 parágrafo)

	tendrá 60 días para tomar una decisión)					
Formulación de Acusación	No define término para el desarrollo de esta audiencia		No define término para el desarrollo de esta audiencia		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Plazo para siguiente audiencia	45 días	Art. 175	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados.		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Preparatoria	No define término para el desarrollo de esta audiencia		No define término para el desarrollo de esta audiencia		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Plazo para siguiente audiencia	45 días	175 inc 4	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Juicio	No define término, solo establece la posibilidad de que se aplase por un término no superior a 30 días	Art. 17	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Plazo para siguiente audiencia	15 días	Art 447	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Individualización de la	No define	No define	No hay diferencia por		No define término	

pena y sentencia			tipo de delito o cantidad de imputados		para el desarrollo de esta audiencia	
Plazo para traslados recurso apelación	10 días	Art 179	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Envío recurso	No define	No define	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados		No define término para el desarrollo de esta audiencia	
Tiempo en la oficina de reparto del Juez de segunda instancia	No define	No define	No hay diferencia por tipo de delito o cantidad de imputados		No define término para el desarrollo de esta audiencia	

10 “Cfr. C-123 de febrero 17 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra”.

11 “Cfr. C-318 de abril 9 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño”.

12 Corte Constitucional, Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

13 Numeral 3 del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-390 del 26 de junio de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

15 Ibídem.

Momento procesal	Ley 906 de 2004	Artículo	Ley 906 de 2004 (3 o más delitos o procesados y casos de justicia especializada)	Artículo	Ley 1474 de 2011 (delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado)	Artículo
Fecha una vez realizado el reparto para tomar la decisión por el juez de segunda instancia	15 días (Si la competencia fuera del Tribunal Superior, el magistrado ponente cuenta con diez días para registrar proyecto y cinco la Sala para su estudio y decisión. El fallo será leído en audiencia en el término de diez días)					
Total días	220 días (sin contar el tiempo de duración de cada audiencia)		250 días (sin contar el tiempo de duración de cada audiencia)		310 días (sin contar el tiempo de duración de cada audiencia)	

La evaluación de los términos procesales causados a partir de la imputación, es el referente para definir el término máximo de duración de la medida de aseguramiento privativa de la libertad. La imposición legal de dicho término debe guardar plena coherencia con los dispuestos para la correcta administración de justicia. De tal manera, si un proceso penal ordinario tarda legalmente entre 220 y 310 días en llevarse a cabo, a lo cual se sumaría el tiempo promedio que en la práctica dura cada audiencia, se considera que un (1) año de duración de la detención preventiva es un término razonable para garantizar los derechos del imputado, por una parte, y para administrar justicia de manera efectiva, por la otra.

Ahora bien, teniendo en cuenta que existen determinadas circunstancias que hacen más compleja la administración de justicia, se propone la posibilidad de prorrogar el término máximo por un (1) año más como límite de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, en los siguientes casos:

– Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada.

– Cuando sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva.

– Cuando se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011.

Por consiguiente, en acatamiento al i) carácter temporal de la detención preventiva; ii) los principios de presunción de inocencia, de legalidad, proporcionalidad, necesidad y a los derechos fundamentales a la libertad y al debido proceso, en el sentido de evitar dilaciones injustificadas; iii) la necesidad de definir cuándo se tiene derecho a la libertad por la inacción del Estado, y iv) a la fijación de reglas, momentos y oportunidades, propio del

proceso penal, es que se propone la adición del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, con el objeto de fijar un tiempo máximo de duración de la detención preventiva.

b) La valoración judicial para el decreto de medidas de aseguramiento debe atender los fines y requisitos constitucionales de las mismas.

Tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, el principio de legalidad de la privación de la libertad, implica que nadie puede ser privado de la libertad cuando no existen motivos previamente establecidos en la ley. Para que un sujeto pueda ser legal y temporalmente privado de la libertad –mientras se determina su responsabilidad penal– es requisito que los motivos por los cuales se le retiene se encuentren establecidos en una norma preexistente.

En efecto, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 supone la preexistencia de una serie de requisitos, por demás constitucionales, para la imposición de medidas de aseguramiento. La disposición, además, no se refiere exclusivamente a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, sino a las medidas de aseguramiento en términos generales, esto es, tanto aquellas privativas de la libertad como las no privativas de la libertad, de las que trata el artículo que le antecede (307). Estos requisitos, valga resaltar, hacen referencia a la inferencia judicial razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga y que, además, la medida sea necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, para proteger a la sociedad o a la víctima frente a posibles comportamientos peligrosos futuros del imputado, o, finalmente, para garantizar que el imputado no evadirá la acción de la justicia eludiendo su comparecencia a juicio o sustrayéndose al cumplimiento de una eventual sentencia condenatoria.

No obstante la existencia de estos requisitos, es preciso establecer expresamente en la ley la obligación del operador judicial de efectuar un juicioso y suficiente análisis sobre si **a futuro** se configura alguno de los requisitos para decretar la medida de aseguramiento respectiva, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga al imputado.

Por tal razón, se propone la inclusión de un parágrafo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, ratificando así lo dispuesto por la Corte Constitucional, en el sentido de que no basta considerar exclusivamente la naturaleza de la conducta punible imputada o la pena a imponer por tal conducta, sino que, además, deben atenderse los requisitos constitucionales de la medida de aseguramiento, particularmente valorándose con suficiencia la configuración de tales requisitos, analizados de cara al riesgo de su ocurrencia en el futuro.

Por la misma razón, el artículo 3° propuesto afecta el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, acentuando la regla según la cual no basta la gravedad y la modalidad de la conducta punible imputada para determinar si se configura peligro para la comunidad, sino que debe estimarse que tal peligro se debe referir

al comportamiento **futuro del imputado**, para lo cual se deben valorar la circunstancias descritas en cada uno de los numerales del artículo.

c) La privación de la libertad no puede extenderse indefinidamente entre la presentación del escrito de acusación y la celebración de la audiencia de juicio.

La realidad social colombiana supone transformaciones aceleradas de los conflictos sociales y de la criminalidad, lo cual, a su turno, exige respuestas sensatas, responsables y efectivas por parte del Estado, orientadas por criterios técnicos y objetivos, no por pasiones sociales, muchas veces exacerbadas por los medios masivos de comunicación. Esas respuestas deben considerar todos los aspectos que involucran el tratamiento de la conflictividad y de la criminalidad.

Para citar solo algunos de esos aspectos, ha de tenerse en cuenta la capacidad de la administración de justicia, la idoneidad del sistema penitenciario y carcelario, el límite del ejercicio de la facultad punitiva del Estado en materia de aseguramiento de personas investigadas y procesadas, la necesidad real de la privación de la libertad para determinadas conductas y ante determinadas circunstancias, entre otros.

El principio de legalidad o primacía de la ley supone que todo ejercicio del poder público debe realizarse conforme a la ley vigente, previamente establecida, y no según el capricho del operador judicial. Cobra particular relevancia este principio tratándose del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en el que se comprometen derechos fundamentales de los ciudadanos, principalmente el derecho a la libertad. De allí que la normatividad penal esté sujeta a la Constitución Política, según la cual “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Conforme a lo anterior, en sentido amplio el principio de legalidad supone la existencia de una norma clara y precisa que describa los comportamientos que constituyen delito, las sanciones que se derivan de su comisión, los sujetos activos y pasivos, los bienes jurídicos que se pretende proteger, las autoridades encargadas de la investigación y juzgamiento, y los **procedimientos y términos para hacerlo**, entre otros aspectos, de manera que no quede al arbitrio de las autoridades la definición de derechos fundamentales de los ciudadanos.

Justamente, en relación con los procedimientos y los términos, la Ley 906 de 2004 es garante del principio de legalidad. Diversas disposiciones establecen claras y precisas fórmulas para conducir el proceso penal. Así, para citar solo unos ejemplos, el artículo 175 fija la duración máxima de cada estadio procesal, como ocurre con los períodos que deben respetarse entre la formulación de imputación y la formulación de acusación, o entre la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral; en similar sentido, el artículo 317 fija las causales de libertad para imputados o acusados y el artículo 294 establece

el vencimiento de términos para la formulación de acusación o la solicitud de preclusión y las consecuencias de ese vencimiento.

No obstante, la Corte Constitucional, con ocasión de una demanda ciudadana de inconstitucionalidad parcial contra el numeral 5 del artículo 317 de la citada ley, ha advertido una vulneración al principio de legalidad al no establecerse un límite temporal preciso a la duración de la detención preventiva entre dos estadios procesales que componen la formulación de acusación, que son i) la presentación del escrito de acusación por parte del fiscal, y ii) la celebración de la audiencia de acusación por parte del juez de conocimiento, lo cual, a su vez, afecta el debido proceso, la presunción de inocencia y, por esa vía, el derecho a la libertad¹⁶.

La norma expresa lo siguiente:

“Artículo 317. Causales de libertad. <Artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

“(…)

“5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento”.

En efecto, el problema surge de la expresión “formulación de acusación” de la norma transcrita. Dicha expresión permite que la medida de aseguramiento privativa de la libertad se prolongue indefinidamente en el periodo comprendido entre la radicación del escrito de acusación y la realización de la audiencia de acusación. Sumado a esto, se afecta también el derecho a la libertad en el término comprendido entre la formulación de acusación y la finalización de la audiencia de juicio.

La Corte Constitucional consideró que al ser la formulación de acusación un acto complejo que implica dos momentos procesales distintos (el escrito de acusación, por parte del fiscal, y la audiencia de acusación, impulsada por el juez de conocimiento), existe una indeterminación legal respecto del término que debe existir entre estos, teniendo como consecuencia que ese término queda sujeto al arbitrio del operador judicial, lo cual resulta contrario a la Constitución Política.

La Corte parte de reconocer que la imposición de medidas de aseguramiento implica una tensión entre, por un lado, los principios de libertad personal y la presunción de inocencia y, por el otro, la necesidad de limitar derechos durante el proceso en aras de garantizar la eficacia de la justicia. La Corte advierte sobre el carácter preventivo (esto es, no sancionatorio) de tales medidas, y sobre la necesidad de observar las rigurosas exigencias que la ley impone para su imposición. Además, en virtud del principio de legalidad, si no puede existir indeterminación frente a sanciones penales, mucho

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-390 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos.

menos puede existir respecto de circunstancias de privación de la libertad que sean producto de una medida preventiva y provisional.

El artículo 317, numeral 5, efectivamente adolece de claridad al haber omitido el legislador los términos que deben regir en el acto complejo de la formulación de acusación, es decir, el tiempo límite que debe transcurrir entre la presentación del escrito de acusación y la celebración de la audiencia de acusación. Dicha omisión repercute ineludiblemente en la extensión temporal de privación preventiva de la libertad del imputado.

Ahora bien, a lo anterior se suma que, aun surtiéndose la formulación de acusación en sus dos actos (escrito y audiencia), continúa la afectación para el acusado, toda vez que puede mantenerse la privación preventiva de la libertad de manera indefinida hasta tanto no se surta completamente la audiencia de juicio.

Subraya la Corte su posición histórica en relación con la materia, en el sentido de que:

“... la duración de la privación temporal de la libertad, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los culpables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial”¹⁷.

En efecto, la duración del proceso penal, en ninguno de sus estadios procesales, puede sustraerse del marco constitucional según el cual, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, existen restricciones sobre las medidas que resulten privativas de derechos, en especial del derecho a la libertad. Concluye, entonces, al Corte que “la indefinición de términos, particularmente cuando puedan afectar la libertad personal del procesado, resulta inconstitucional”.

Ante tal advertencia, la Corte declaró condicionalmente exequible el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido de que salvo que el legislador disponga un término distinto, el previsto en dicho numeral se contará a partir de la radicación del escrito de acusación”, dejando diferidos sus efectos hasta el 20 de julio de 2015 a fin de que el Congreso de la República expida la regulación correspondiente.

Expuesto lo anterior, es necesario llenar el vacío jurídico del artículo 317, numeral 5, estableciendo un término preciso para la privación de la libertad en esas etapas procesales. De esta manera, se propone, en primer lugar, que el momento de referencia para empezar a contar los términos de la causal quinta del artículo 317, como lo estableció la Corte Constitucional, sea la presentación del escrito de acusación. En segundo lugar, que no pueden pasar más de 120 días desde la radicación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de juzgamiento, de manera que queden cobijados, no solo los dos

momentos procesales del “acto complejo” de la acusación, sino también el tiempo que debe transcurrir entre esta y la audiencia de juicio.

De la misma manera, ante la inexistencia de regulación específica en torno al tiempo que ha de transcurrir entre la audiencia de juicio y la audiencia de lectura del fallo, lo cual también afecta el derecho a la libertad del acusado, se propone el término de 150 días para tal efecto.

Finalmente, previendo la complejidad que implican algunas circunstancias para la debida administración de justicia, se propone incrementar en otro tanto los términos en los siguientes casos:

– Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada.

– Cuando sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva.

– Cuando se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011.

Señor Secretario,

YESID REYES ALVARADO
Ministro de Justicia y del Derecho

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 28 del mes de octubre del año 2014, se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 115, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el señor Ministro de Justicia *Yesid Reyes* y el señor Fiscal General de la Nación, *Eduardo Montealegre L.*

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 28 de octubre de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 115 de 2014 Senado, *por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el Ministro de Justicia y del Derecho, doctor *Yesid Reyes Alvarado* y el Fiscal General de la Nación, doctor *Eduardo Montealegre Lynett*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 28 de octubre de 2014

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

José David Name Cardozo.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

CONTENIDO

Gaceta número 660 - Martes, 28 de octubre de 2014

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

Págs.

Proyecto de Ley número 30 de 2014 Senado, por medio de la cual se dictan normas sobre la promoción y fomento del software y servicios conexos colombianos..... 1

Proyecto de Ley número 115 de 2014 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad..... 14