

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio a la propuesta de Proyecto de Ley 005 de 2019 Senado “Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones”

Proyecto de Ley 005 de 2019 Senado “Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones”	
Autor	Fiscalía General de la Nación, Ministerio del Interior y Congressistas de varias bancadas
Fecha de Presentación	20 de Julio de 2019
Estado	Pendiente discutir para primer debate en Senado
Referencia	Concepto No 12.2020

I. Antecedentes, objeto y contenido del Proyecto de Ley:

1. El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en sesión del 27 de agosto de 2019, discutió el Proyecto de Ley 005 de 2019 Senado, “Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones”, propuesta que responde a la acumulación de los Proyectos de Ley 005 de 2017, 114 de 2017, 109 de 2017 de la Cámara de Representantes y los Proyectos de Ley 016 de 2017, 047 de 2017, 052 de 2017 y 18 de 2018 del Senado de la República.
2. El Proyecto de Ley tiene como objetivo fortalecer el marco normativo e institucional con el que dispone el Estado para luchar contra la corrupción. Para tal fin, la iniciativa propone tres bloques de reformas dirigidas a impactar el fenómeno de la corrupción y a buscar una mayor transparencia en la contratación pública.
3. Así las cosas, en primer lugar, se proponen medidas administrativas asociadas a las inhabilidades para contratar, la contratación directa y la bancarización de ciertas operaciones que involucran recursos públicos. En segundo lugar, se proponen medidas de derecho penal sustantivo, tanto general como especial, que, de un lado, hacen más estricto el régimen de cumplimiento de las sanciones penales impuestas a personas responsables de conductas punibles de corrupción, y, de otro lado, modifican y actualizan el catálogo de tipos penales disponibles en el código penal para enfrentar las diversas manifestaciones de este fenómeno

criminal. En tercer y último lugar, se proponen reformas procesales para fortalecer la investigación y judicialización de la corrupción.

II. Marco constitucional, legal y doctrinal:

4. En lo que se refiere a la Constitución Política deben subrayarse aquellos artículos relacionados con el ejercicio de la Administración Pública, principalmente los artículos 121, 122 y 209, así:

“Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”

“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

5. En la exposición de motivos de este Proyecto de Ley se acude a informes, estudios y diagnósticos¹ que han demostrado que el índice de corrupción en Colombia se mantiene en niveles porcentuales muy altos respecto a la mayoría de los países de la región.
6. Informes como el *Índice de Percepción de la Corrupción* emitido por Transparencia por Colombia, muestra un panorama desalentador en esta materia, ubicando a Colombia en el puesto número 96 en una lista de 180 países, con un puntaje de 37 sobre 100, donde 0 es corrupción elevada². Adicionalmente, según el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³, entre 2012 y 2016 la Fiscalía General de la Nación había recibido 64.095 denuncias por actos de corrupción.
7. Uno de los estudios a los que refiere la exposición de motivos señala que Colombia ha pasado en diez años a un nivel de corrupción menos grave, pero no ha logrado alcanzar el promedio de 5,0 ni aun mantenerse en el 4,0. Con respecto a los otros países de América, Colombia se ubicaba en 2010 en el lugar 14 de 28 (Transparencia Internacional, 2010). Lo anterior indica que el país tuvo sus avances más importantes en los primeros cinco años del periodo 1998-2010, pero luego, a pesar de haber hecho muchos esfuerzos contra la corrupción, parece estar estancado en niveles similares de puntuación y de posición relativa⁴.
8. Además, es necesario tener presente que desde el Gobierno Nacional se han realizado esfuerzos para contribuir a la lucha contra la corrupción; esfuerzos como el fortalecimiento de su marco normativo interno a través de leyes⁵, decretos⁶ y políticas públicas⁷ a partir de las

¹ Ver exposición de motivos, Proyecto de Ley 005 de 2019.

² Transparency International (2019). Índice de Percepción de la Corrupción 2019.

³ Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2018). Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Colombia. Recuperado de http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/A-HRC-37-3-Add_3_EN.pdf

⁴ Isaza, C. (2011). El Fracaso de la Lucha Anticorrupción en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

⁵ Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción; Ley 1712 de 2014; Ley 1757 de 2015; Ley 1762 de 2015; Ley 1778 de 2016.

cuales se adoptan medidas y estrategias administrativas, penales, disciplinarias, fiscales, políticas institucionales y pedagógicas, así como el trabajo de organismos especiales orientados a una mejor articulación interinstitucional a nivel local y nacional.

9. Pese a lo anterior, Transparencia Internacional también ha manifestado que las medidas adoptadas para hacerle frente a la corrupción en Colombia ha sido insuficiente, y es necesario reactivar la discusión de una agenda de reformas normativas técnicamente sólidas, sustentadas en los compromisos internacionales que el país ha adquirido, y apoyada en un diálogo con distintos sectores. Además, se indica la pertinencia de adelantar una agenda legislativa donde resulta imprescindible fortalecer un régimen de control a los conflictos de interés y a la puerta giratoria de altos funcionarios del Estado, avanzar en legislación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, y reactivar las reformas política y a la justicia⁸.
10. Adicionalmente, se recurre al reconocimiento de las graves consecuencias del fenómeno de la corrupción por instancias internacionales mediante la elaboración de instrumentos jurídicos transnacionales⁹ que promueven la lucha frontal contra este flagelo a través de la armonización de sus disposiciones con el ordenamiento nacional de cada Estado que decide incorporarlos.

III. Observaciones político-criminales:

11. En términos generales, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que el Proyecto de Ley bajo estudio en su exposición de motivos se encuentra construida correctamente, por lo tanto, cuenta con concepto favorable, salvo algunas proposiciones que han generado discusión y, que a continuación se precisarán conforme a los siguientes argumentos.
12. En cuanto a la modificación del artículo 38G del Código Penal, el Consejo hace un llamado a que se tenga en cuenta que la figura de la prisión domiciliaria se encuentra estrictamente ligada al fin de reinserción social, resocializador y reintegrador de las penas, pues el propósito de esta institución consiste en que las personas que han cumplido con una parte importante de la pena con un buen comportamiento penitenciario la puedan obtener.

⁶ Decreto Ley 019 de 2012; Decreto 124 de 2016; Decreto 1674 de 2016.

⁷ CONPES 167 de 2013; Plan Decenal de Justicia 2017 – 2027; Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022.

⁸ Transparencia por Colombia, Índice de Percepción de la Corrupción 2018. Disponible en la página web <http://transparenciacolombia.org.co/2019/02/25/resultados-ipc-2018/>

⁹ Convención Interamericana contra la Corrupción; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

13. Igualmente, de conformidad con las propuestas normativas orientadas al cambio de la pena de multa a prisión y del aumento de la pena de prisión ya establecida de los tipos penales contenidos en los artículos 194, 258, 418, 419, 420 y 431 del Código Penal, el Consejo ha recomendado tener en consideración las observaciones que realizaron al Proyecto de Ley 05 de 2017 en concepto 19.2017¹⁰; observaciones que se reiteran a continuación:
14. En la propuesta que se presenta existen cinco delitos que pasan de ser sancionados con pena principal de multa a tener como pena principal la privativa de la libertad; cuatro de ellos están relacionados con la protección a la administración pública y el restante con la protección de la libertad personal y otras garantías.

DELITO	PENA
Divulgación y empleo de documentos reservados	5 a 8 años
Revelación de secreto	3 a 5 años
Utilización de asunto sometido a secreto o reserva	5 a 8 años
Utilización indebida de información oficial privilegiada	
Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública	

15. Respecto a lo anterior, el Consejo Superior de Política Criminal considera importante que se observe la intensidad de los aumentos punitivos propuestos, debido a que estos resultan desproporcionados si se tienen en cuenta razones como las que se exponen a continuación:
16. En primer lugar, el delito de divulgación y empleo de documentos reservados es una modalidad delictiva que hace parte de los delitos de violación a la intimidad y a la reserva, así como de interceptación de comunicaciones; con la pena propuesta, este resultaría tener una de las sanciones más altas para los delitos de su género, especialmente con una sanción más alta que la misma violación ilícita de las comunicaciones, que actualmente se castiga con pena de prisión de 16 a 54 meses.
17. Además, es importante tener en cuenta que el mencionado es un tipo penal subsidiario, lo que significa que si los supuestos de hecho se adecuan a un tipo penal que comprenda una pena mayor, se

¹⁰ Consejo Superior de Política Criminal. Concepto 19.2017. Recuperado de:
http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2017/19%20CSPC%20P_005%20de%202017%20C_Corrupcio%CC%81n%20FGN.pdf

preferirá aquel. Así, en lugar de un aumento punitivo de las penas para toda la descripción típica, para el Consejo Superior de Política Criminal resulta más razonable revisar la posibilidad, si a ello hay lugar, de sancionar dentro de los delitos contra la recta y eficaz impartición de justicia, la divulgación de contenidos reservados que afecten a ésta.

18. En segundo lugar, en el caso de los delitos restantes, los cuales constituyen conductas ubicadas en el capítulo “*de los abusos de autoridad y otras infracciones*” dentro del título de los delitos contra la administración pública, el aumento de penas propuesto hace que estas modalidades que atentan contra la reserva y los secretos tengan mayor reacción punitiva que los mismos delitos de abuso de autoridad por omisión de denuncia. Incluso, la protección de la reserva y el secreto de algunos asuntos de la administración pública se equiparan en pena, a la protección de los secretos políticos, económicos o militares, relacionados con la integridad del Estado y protegidos a través de la penalización del espionaje.
19. De acuerdo con la propuesta del artículo 17 que consiste en incorporación de un nuevo tipo penal “*Cohecho por acto ilegal cumplido*”, el Consejo considera que esta denominación no corresponde con lo que se conoce como cohecho conforme a los tipos penales ya existentes dentro del Código Penal. Lo anterior, por cuanto el tipo penal propuesto no recae en un acuerdo de voluntades. En este sentido, se sugiere cambiar la denominación del delito propuesto.
20. En cuanto al artículo 18, que propone agravar la pena para los delitos de concusión y cohecho propio, impropio, aparente y por dar u ofrecer, cuando el dinero, utilidad o promesa remuneratoria supere la cuantía de 100 SMMLV, el Consejo considera recomendable que la medida sea aplicable también a los delitos consagrados en el Capítulo IV “*Celebración indebida de contratos*”.
21. En lo relacionado con el artículo 19, el cual pretende incluir al sujeto “contratista” en el tipo penal de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, este ente colegiado considera que esta medida no sea exclusiva para el delito establecido en el artículo 408 del Código Penal, sino que pueda extender a los demás tipos penales del mencionado capítulo.
22. Ahora bien, el artículo 22 del Proyecto propone la eliminación de la expresión “judiciales”, consiguiendo que la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el artículo 415 del Código Penal para los tipos penales de prevaricato por acción y por omisión¹¹ solo podría

¹¹ ARTICULO 415. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición

operar cuando se realicen en actuaciones administrativas; así las cosas, se sugiere suprimir esta propuesta, pues no se considera pertinente sino innecesaria.

23. En lo que tiene que ver con las propuestas de carácter procesal penal formuladas, el Proyecto de Ley busca adicionar un párrafo al artículo 132 del Código de Procedimiento Penal, mediante el cual consagra la obligación de reconocimiento de víctima dentro del proceso para las personas jurídicas de derecho público. En perspectiva del Consejo, esta propuesta da la impresión de que, en lo delitos contra la administración pública, se excluyen las personas naturales que puedan resultar afectadas.
24. Lo anterior resulta contrario a la jurisprudencia constitucional; además, la propuesta permite el acompañamiento de la entidad de derecho público y la Contraloría General de la Nación, con lo cual podría presentarse una doble representación de la misma víctima y, a su vez, generar inconvenientes al respecto.
25. En relación con la adición de los dos párrafos al artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, se considera una medida arbitraria por cuanto no atienden a una relación de causalidad entre el ejercicio de la función pública y la necesidad de apartar al servidor público de su cargo. Las disposiciones permitirían la suspensión del servidor público incluso por delitos no relacionados con el ejercicio de su cargo y sin pena privativa de la libertad, con lo que genera una reacción exagerada que impone al servidor público por la evidente desvinculación entre el cargo y el tipo penal.
26. Finalmente, en cuanto a la propuesta contenida en el artículo 44 que establece la obligatoriedad del servicio de peritos, artículo 410 del Código de Procedimiento Penal, el Consejo considera que no es pertinente ya que constituye una violación al principio de igualdad de armas, en razón de que allí se privilegia a la Fiscalía a solicitar la designación de peritos a las entidades públicas y privadas, con consecuencias disciplinarias para quien incumpla las obligaciones surgidas de esta solicitud. De esta forma, se concede al ente acusador una facultad exorbitante para la designación de peritos, facultad que no tiene la defensa, quien deberá, por el contrario, conseguir peritos a sus expensas.

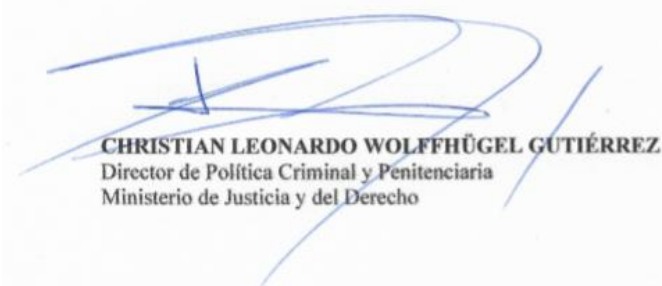
IV. Conclusión:

27. Por lo anteriormente expuesto, el Consejo Superior de Política Criminal, en cumplimiento de las funciones designadas en el Decreto 2055 de 2015, emite concepto favorable frente al

forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.

Proyecto de Ley 005 de 2019 “*Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal y administrativa en contra de la corrupción y se dictan otras disposiciones*”; sin embargo, sugiere que en el trámite legislativo correspondiente se discuta sobre cada una de las observaciones aquí se presentan.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL



CHRISTIAN LEONARDO WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ
Director de Política Criminal y Penitenciaria
Ministerio de Justicia y del Derecho

Elaboró: Alba Jineth Castro Pardo - Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria-Secretaría Técnica CSPC
Revisó: Christian Wolffhügel Gutiérrez – Director de Política Criminal y Penitenciaria
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal