

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio al Proyecto de Ley número 211 de 2017 Senado “Por medio de la cual se fortalecen los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública”

Proyecto	Proyecto de ley 211 de 2017 Senado
Título	“Por medio de la cual se fortalecen los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública.”
Autor	Senadora María del Rosario Guerra de la Espriella
Fecha de Presentación	23 de febrero de 2017
Estado Actual	Espera de primer debate
Referencia	Concepto 06.2017

1

En ejercicio de sus funciones, el Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal estudió el proyecto de ley “Por medio de la cual se fortalecen los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública.”

I. Finalidad del proyecto

De conformidad con la exposición de motivos, la iniciativa “pretende fortalecer de manera efectiva los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y control de gestión pública”, a través del (i) registro de las actividades desarrolladas por los servidores públicos; (ii) la prohibición, para los servidores públicos, de aceptar beneficios de cualquier índole; (iii) reforzar la intervención de los entes de control en los departamentos; (iv) endurecimiento de las sanciones y prohibiciones a los ex servidores públicos en la gestión de intereses privados; (v) el pago casi inmediato de los compromisos contractuales del Estado; (vi) sanciones sociales para los corruptos; (vii) priorización en la investigación penal de los casos de corrupción sobre otras investigaciones; (viii) aprobación en Consejo de Ministros a adiciones superiores al 10% en contratos de obra pública; (ix) ampliación de las inhabilidades para los condenados por delitos de corrupción, y (x) prohibición de subrogados penales y ampliación de los términos de prescripción de la acción.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

II. Estructura del proyecto

El proyecto consta de quince (15) artículos. Cuatro (4) de ellos proponen reformas a la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario; dos (2) introducen reformas a la Ley 599 de 2000 (Código Penal); uno (1) agrega un inciso al artículo a la Ley 1474 de 2011; otro adiciona el artículo 40 de la Ley 80 de 1993; uno (1) más modifica el numeral 4 del artículo de la Ley 1150 de 2007; el artículo 15 establece la vigencia de la ley, y los demás son normas propias del proyecto de ley, que incluyen la definición del objeto; la creación de un registro de la agenda pública de las entidades del Estado; la orden de pagar los compromisos del Estado dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos; la sanción social para los condenados por delitos de corrupción; la prioridad en las investigaciones, y los incentivos por la denuncia de actos de corrupción.

III. Análisis político-criminal del proyecto

a. La exposición de motivos

El Consejo Superior de Política Criminal resalta la importancia de mantener en la agenda pública el tema de lucha contra la corrupción y de emprender esfuerzos por mejorar los instrumentos jurídicos, las prácticas sociales y estatales, y los mecanismos de lucha contra la corrupción, no solo como una forma más de controlar la criminalidad, sino como vehículo necesario para evitar la desviación de fondos públicos, la pérdida de capacidad presupuestal de la nación para la inversión social y el debilitamiento de la democracia.

Estos propósitos nacionales, sin embargo, implican que frente a cada iniciativa que se produzca en esa dirección, se deban examinar, en concreto, cuáles serán los efectos de las diferentes propuestas y la capacidad del Estado para ponerlas en marcha, a fin de que no se conviertan en medidas meramente simbólicas o, peor aún, en frustraciones de los esfuerzos para controlar el fenómeno.

Bajo esta perspectiva, respecto del Proyecto de Ley que se analiza, el Consejo destaca que si bien su exposición de motivos hace un esfuerzo por justificar las modificaciones a las leyes existentes y la introducción de nuevas disposiciones con el objeto de fortalecer la lucha del Estado contra la corrupción, se orienta marcadamente a demostrar que la corrupción presenta graves consecuencias para el desarrollo de las naciones y una pérdida importante de los recursos para la inversión social, así como incide negativamente en la moral social, sin ocuparse de las particularidades de las normas propuestas.

En efecto, se anuncia la adopción de las medidas, pero no se desarrollan los presupuestos de cada una de las normas, partiendo del supuesto de que la justificación general del proyecto las sustenta adecuadamente. No obstante, dentro de los argumentos de la exposición de motivos no se encuentran, por ejemplo, razones por las cuales se debe considerar adecuada una sanción social como la contenida en el numeral b del artículo 9 del proyecto, según la cual las personas condenadas por los delitos objeto de la ley “deberán hacer trabajo social en actividades con visibilidad pública, portando prendas de vestir que digan *Trabajo por ser corrupto*”.

Tampoco se encuentran en la exposición de motivos razones que sustenten la propuesta de crear ciertos mecanismos de control (v. gr: la agenda de las entidades públicas) ni los costos que su implementación demanda; si los mecanismos de control vigentes están arrojando resultados positivos o negativos y cuál el motivo de proponer su reforma, todo lo cual se traduce en el hecho de que la iniciativa legislativa carece de un correcto fundamento empírico.

b. Los problemas que surgen de la regulación propuesta

3

(i) Sobre la agenda de las entidades del Estado

El Consejo Superior de Política Criminal considera inconveniente una propuesta como la contenida en el artículo 2 del proyecto denominado “Registro de agenda pública de las entidades del Estado (RAP)”, por las razones que se expondrán a continuación.

La primera, al proyecto no se acompaña un estudio sobre las capacidades técnicas y financieras del Estado para la implementación de un registro de la magnitud del que se pretende crear, ni se establecen mecanismos adecuados para la incorporación de la información en el registro.

En efecto, el registro de agenda pública deberá contener información proveniente de todo servidor público de los niveles directivo, asesor o profesional, cubriendo así una parte importante de la población de servidores públicos, que no ha sido cuantificada en el proyecto de ley y, por consiguiente, que desconoce cuántos registros se pueden generar al exigir que todos quienes se hallen en esos sectores del empleo público, brinden la información requerida.

Además del factor poblacional, la norma exige que se registre la información sobre las audiencias o reuniones que celebren los servidores públicos mencionados, con lo cual se incrementa el número de datos a recoger, que puede crecer exponencialmente al exigir que los datos registrados sean los relacionados con

estas audiencias o reuniones celebradas dentro y fuera de su despacho, con la indicación de la persona o entidad con la cual se realizó la reunión, su fecha, hora y el tema tratado.

Para la inclusión de todos estos datos se requiere un instrumento digital muy robusto, porque no solamente debe permitir el registro de toda la información requerida, sino que tiene que garantizar la interoperabilidad de todas las entidades del Estado con el susodicho registro en tiempo real, para que se pueda hacer efectivo el registro. Estas condiciones implican un gasto presupuestal que puede ser muy elevado y cuya fuente de financiación no se determina en el proyecto de ley. El no asignar estas fuentes de financiación, puede llevar a que el registro de la agenda pública no sea más que un instrumento simbólico que no arrojará resultados positivos en la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, la existencia de los registros regulados –en caso de que sea posible ponerlo en marcha- no garantiza tampoco ni la veracidad de la información, ni el uso correcto que de ella se pueda hacer. Pero se pierde de vista, además, que en caso de lograrse la implementación del mecanismo, a éste tiene que dársele una finalidad explícita, como puede ser la de servir de información a las autoridades de control o judiciales en la determinación de responsabilidades, evento en el cual podrían tener poca capacidad demostrativa respecto de actos de corrupción, y podrían generar trámites judiciales adicionales dentro del proceso de investigación, porque se tendría que solicitar, a través de una audiencia ante el juez de control de garantías, la búsqueda en la base de datos correspondientes que puede no arrojar en concreto el tema de las conversaciones sostenidas.

Más allá de las dificultades técnicas, se encuentra la posible inconstitucionalidad de la medida, en tanto que significa una velada intromisión en la vida privada de los servidores públicos que deben proporcionar la información, en razón de que al registro deben ir todas las reuniones y audiencias dentro y fuera del despacho oficial, sin importar que estas tengan relación con las funciones públicas desempeñadas, de manera que el Estado estaría en capacidad de conocer, sin justificación alguna, actos propios de la vida personal de sus servidores.

Otro motivo de inconstitucionalidad se observa en la norma propuesta, en tanto que su inciso final dispone que “*el no reportar las gestiones adelantadas (para el caso de los miembros de las corporaciones de elección popular), será una causal inmediata de pérdida de investidura*” –negrillas agregadas-, con lo que se sugiere la posibilidad de aplicar la medida disciplinaria sin el adelantamiento previo del proceso correspondiente, es decir, se torna en una sanción ipso facto, prohibida por el artículo 29 de la Constitución Política.

Finalmente respecto de esta agenda, se advierte una posible inconstitucionalidad de la norma, en tanto que obligaría a todos los servidores públicos a registrar sus diversas reuniones, con propósitos de investigación disciplinaria y penal, de manera que invade las competencias propias de las autoridades judiciales que tienen un control disciplinario propio y, en los casos de los Magistrados de las altas cortes, tiene fuero especial de juzgamiento. Una agenda controlada por organismos que no tiene competencia judicial o disciplinaria, implicaría la relativización del principio de independencia de la rama judicial.

(ii) Sobre el plazo para pagar los compromisos del Estado

Según el artículo 3° del proyecto, “recibidos los recursos para pagar compromisos del Estado, “los pagos deberán ser efectuados dentro de los 5 días hábiles siguientes a la recepción del recurso”. Esta disposición parecería ser adecuada en función de la atención oportuna de las obligaciones que adquiere el Estado y la evitación del pago de intereses y otras cargas presupuestales, así como para evitar demoras que pueden generar condiciones propicias a la corrupción, como podría ser el ofrecimiento de dádivas a cambio del giro oportuno de los dineros debidos.

5

No obstante, el Consejo Superior de Política Criminal llama la atención sobre el efecto perverso que puede tener una norma como la comentada, en razón de que, so pretexto del plazo regulado, se pueden girar recursos del presupuesto nacional sin la previa verificación de la legalidad de los documentos que sirven de base para el pago de la obligación.

(ii) Sobre las sanciones sociales por actos de corrupción

Las sanciones sociales por actos de corrupción que se contemplan en el proyecto son de variada índole, desde la imposibilidad de ejercer labores de docencia “o de cualquier índole académica” –en instituciones públicas o privadas- hasta la obligación de desempeñar actividades de trabajo social con un uniforme que lleve inscrita la frase “Trabajo por ser corrupto”.

El primer tipo de sanciones –prohibición de labores académicas- constituye una carga exagerada para los condenados por los delitos previstos en el proyecto, en razón de que no existe una correspondencia entre las labores académicas y los actos de corrupción, por lo que se puede concluir que lo que se pretende con la sanción es eliminar la posibilidad de que a través de la docencia y otras actividades en los centros de educación se transmitan contenidos que se consideran inadecuados para el correcto funcionamiento del Estado.

Este punto de partida implica, además, negar el reconocimiento de las funciones que corresponden a la pena, porque se estaría extendiendo una sanción a un tiempo posterior a su ejecución, sin consideración a la función resocializadora de la sanción, ni a la función retributiva, en tanto que la pena impuesta en el tipo penal correspondiente ha sido considerada por el legislador como pena suficiente para el delito cometido.

Por lo demás, penas como la de trabajar con una frase alusiva a los motivos de la pena, es regresar a épocas superadas por las sociedades democráticas y vulnerar la dignidad humana. El letrero “Trabajo por corrupto”, en efecto, es equivalente a la exhibición en la picota pública y va en desmedro del principio de dignidad humana porque más allá de la información que transmite, invisibiliza a quien lo porta como un ser humano y lo coloca en la calidad de una cosa que sirve para escarmentar a los demás miembros de la comunidad sobre los riesgos que tiene el cometer actos de corrupción.

A este propósito, se recuerda la sentencia C-061 de 2008, en la que la Corte Constitucional analizó la medida de publicar la identidad de los agresores sexuales contra menores de edad, la que se declaró contraria a la Constitución, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

Pero, en el otro extremo, si se previera que la divulgación ha de hacerse al ser excarcelado, se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena como una de sus funciones inmanentes, teóricamente justificadora especialmente de la privación de la libertad.

(...)

5.4. Para tratar de establecer una **relación entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa contra otros bienes jurídicos**, ha quedado constatada la alta indeterminación del beneficio que este mecanismo de difusión de la condena puede generar, por la carencia de estudios que le otorguen fundamento, lo cual, por ahora, coloca en un plano puramente especulativo evaluar la relación **costo - beneficio** que al respecto pudiera plantearse y, a partir de allí, deducir si se está quebrantando la proporcionalidad. Empero, sí existe en este caso una percepción mucho más amplia sobre el gravamen o afectación que para la persona condenada y también para su familia, especialmente en comunidades menores, implica la difusión adicionalmente estigmatizadora de la identificación pública cuya exequibilidad se discute, razón por la cual se estima procedente discurrir, en forma breve, en relación con tales afectaciones.

De manera general, es evidente que aquellas personas condenadas cuya identidad se difunda sufrirán por ello una innecesaria afectación adicional; si además de al sentenciado, o en lugar de él, quienes observen la divulgación conocen a su familia, los naturales sentimientos negativos que una noticia de este tipo despierta podrían extenderse contra personas que no sólo no son culpables de la depravación que se informa, sino que seguramente la desaprueban o alguno (a) (s) de ellos la han padecido, y vienen a sufrir adicional vergüenza, baldón y otras aflicciones por lo que no han hecho. Aún más, se exponen a eventuales agresiones, verbales o de hecho, por parte de quienes conozcan y sepan dónde encontrar familiares del condenado,

probablemente algunos en el rango de minoridad que teóricamente se quiere proteger.

La violencia podría ser también exacerbada contra el mismo individuo, como con frecuencia sucede en los propios centros de reclusión contra quienes son etiquetados como violadores de niños, o en otros lugares si se encontrare en libertad, posibilidad por cierto remota, dada la severidad de las sanciones que ha previsto el legislador para esta clase de delitos, complementada con la exclusión de beneficios y mecanismos sustitutivos o alternativos”.

En conclusión, imponer sanciones que estigmaticen al condenado, cualquiera que sea la justificación que se pretenda dar, es abiertamente lesivo del principio de dignidad humana y, por consiguiente, contrario al texto constitucional.

(iii) Sobre la prioridad en la investigación

El artículo 10 del proyecto establece que “Dentro de las investigaciones en curso en los entes de control, tendrán prioridad las investigaciones por corrupción”. Esta norma está dirigida a los entes de control, es decir, exclusivamente a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación. Respecto de la primera, no habría objeción para apoyar esta regulación legal de dar prioridad a las investigaciones que se relacionen con actos de corrupción y, por el contrario, sería una medida adecuada no solamente porque permitirá que en la Contraloría se adelanten las investigaciones con mayor agilidad y, por lo tanto, con mayores oportunidades para recuperar el dinero público, sino porque en esas investigaciones se pueden descubrir elementos de prueba que pueden servir a la investigación judicial del hecho.

La medida, empero, no es igualmente aconsejable para las investigaciones que adelante la Procuraduría General de la Nación, en razón de que en esa entidad se tramitan asuntos de mayor trascendencia y que tienen, a su turno, prevista una norma de prioridad, tales como las conductas de los servidores públicos que afecten los derechos de las niñas, niños y adolescentes; las investigaciones por graves violaciones a los derechos humanos, y comportamientos de servidores públicos que configuren crímenes de lesa humanidad. Regular, entonces, la prioridad de las investigaciones por corrupción en la ley que se propone, desplazaría la prioridad ya establecida en razón del principio según el cual la ley posterior rige sobre la ley anterior, con el consecuente debilitamiento de los derechos de las víctimas de las conductas enunciadas.

(iv) De los incentivos por la denuncia de actos de corrupción

Se prevé en el proyecto, también, la remuneración o recompensa a las personas naturales y jurídicas que denuncien actos de corrupción. Frente a esta norma, el Consejo Superior de Política Criminal llama la atención para la búsqueda de mecanismos que fortalezcan la cultura de la legalidad y el compromiso ciudadano con el cuidado de los bienes públicos, en lugar de acudir al fácil mecanismo de la recompensa para la denuncia de los actos de corrupción, que puede generar un incremento en las denuncias falsas de estos actos con el objetivo de obtener la remuneración, máxime si, como ocurre en el proyecto, no se establece consecuencia alguna a quienes, sin motivo, informen a las autoridades sobre hechos que en realidad no configuran actos de corrupción.

Por lo demás, es necesario evaluar la posibilidad de ofrecer y pagar recompensas a los denunciantes, porque a través de este medio se podría generar un nuevo foco de corrupción, en particular si se ampara como debería hacerse- con el anonimato al denunciante.

8

(v) Sobre los beneficios y mecanismos sustitutivos

En este proyecto, como en otros, se contempla la posibilidad de reducir las garantías judiciales (establece, por ejemplo, la prisión preventiva como única medida procedente en determinados delitos) e impedir el otorgamiento de medidas alternativas al cumplimiento de la pena (suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional) para los procesados o condenados por delitos que constituyan actos de corrupción. El Consejo Superior de Política Criminal no está de acuerdo con estas restricciones reguladas de manera general, sin tener en consideración la gravedad de la conducta (no el tipo penal) ni las condiciones particulares del autor del delito, porque entrañan la negación de los principios de inocencia, proporcionalidad de la pena, individualización de la sanción y derecho penal de acto, modificando así, soterradamente, la estructura del derecho penal colombiano.

En efecto, si bien el legislador goza de libertad de configuración de las medidas que disponga, ella tiene que limitarse en función de los contenidos constitucionales, de forma que prever como única medida preventiva la detención cautelar, limita el principio de presunción de inocencia y traslada a la prisión provisional los efectos que debe cumplir la pena en un estado social y democrático de derecho.

Por su parte, eliminar la posibilidad de conceder la suspensión de la ejecución de la pena o la libertad condicional, va en contra de la graduación de la pena a las condiciones particulares de la particular forma de delincuencia o a las condiciones

específicas del autor del hecho, y niega la función resocializadora de la sanción penal que, a través del sistema progresivo, debe permitir la libertad anticipada de quienes comporten avances comprobados en el tratamiento penitenciario.

IV. Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal, atendidas las consideraciones anteriores, emite concepto desfavorable a la iniciativa legislativa bajo estudio, por contener normas contrarias a la Constitución Política de Colombia y porque las subsistentes presentan serios defectos de configuración que impedirían el adecuado funcionamiento de las instituciones propuestas, o pueden generar nuevas dificultades en la lucha contra la corrupción.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

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

9

Elaboró: Dirección de Política Criminal, MJD
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal