

NUEVO PROYECTO DE LEY ANTICORRUPCIÓN

En la actualidad cursa en el Congreso de la República un nuevo proyecto de ley que busca reformar el Estatuto de Contratación Pública, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal con el fin de combatir la corrupción.

El proyecto está identificado bajo los números 005 de 2019 en el Senado y 010 de 2019 en la Cámara de Representantes.

Actualmente, el trámite legislativo ya ha agotado los debates de las comisiones de Senado y Cámara, restando dos debates de plenarias para que el proyecto se convierta en ley de la República, previa sanción presidencial.

La reforma que se propone está compuesta de tres grandes bloques: medidas administrativas, medidas penales y medidas procesales.

I. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

La mayoría de medidas administrativas consignadas en el proyecto ya son ley de la República. En efecto, la propuesta de ampliar indefinidamente el término de la inhabilidad para contratar con el Estado cuando se ha sido condenado por un acto de corrupción; la facultad de cesión unilateral del contrato por parte de la entidad pública cuando deviene una inhabilidad sobreviniente; o la aplicación de esta normatividad anticorrupción en los procesos de contratación privada en los que se inviertan recursos públicos, ya son situaciones existentes en el

ordenamiento jurídico a partir de la promulgación de la Ley 2014 de 2019, del pasado 30 de diciembre de 2019.

Tal vez la única novedad de este bloque de la reforma sea la prescripción expresa de que cuando exista subcontratación en el marco de un convenio interadministrativo, a los subcontratistas les aplicará íntegramente todo lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Pública, buscando evitar que las subcontrataciones sean formas de eludir la selección objetiva.

II. MEDIDAS PENALES

Dentro de las medidas penales se pueden encontrar varias novedades que aún no hacen parte del ordenamiento jurídico. Así, entre otras medidas, se encuentran las siguientes:

- i. Se eliminan beneficios por aceptación de cargos para procesados que no devuelvan los dineros apropiados y/o señalen su destino.
- ii. Se amplía el delito de urbanización ilegal, para incluir supuestos de corrupción de servidores públicos en relación con los POT.

- iii. Se amplía el delito de acuerdos restrictivos de la competencia, para abarcar no solo la etapa precontractual sino también cualquier etapa del proceso contractual.
- iv. Se amplía el delito de omisión de control, para incluir como sujetos activos a los oficiales de cumplimiento y a los jefes de control interno, y para abarcar no solo a las entidades financieras, sino a todas las entidades obligadas a implementar un sistema de prevención y administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo o que deban reportar operaciones a la UIAF.
- v. Se amplía el delito de omisión de denuncia, para incluir los delitos contra la administración pública como delitos cuya no denuncia supone sanción penal para el particular que los conoce.
- vi. Se amplía el delito de favorecimiento, para sancionar de forma agravada a los profesionales que brinden asesoría para ocultar el origen o destino ilícito de recursos.
- vii. Se amplía el delito de testaferrato, para incluir como supuesto de hecho sancionable prestar el nombre para ocultar recursos provenientes de la corrupción.
- viii. Finalmente, se crean nuevos delitos, como el de cohecho por hecho cumplido, concusión por hecho cumplido, manipulación fraudulenta de actuaciones procesales; se crean nuevos gravantes para viejos delitos; y se elevan penas.
- Muy particularmente, llama la atención la creación de un nuevo delito denominado celebración indebida de fiducia pública, encargos fiduciarios y fiducia mercantil pública, el cual sanciona con pena de prisión de 4 a 12 años, multa de 50 a 200 SMLMV e inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años, a los servidores públicos o particulares que suscriban este tipo de contratos para el manejo, administración y ejecución de recursos públicos destinados impulsar, desarrollar y mantener obras y proyectos de infraestructura física en todos los sectores de la infraestructura productiva y social, con infracción de los principios de la función administrativa, de la contratación estatal y/o de la gestión fiscal.
- Este nuevo delito llama la atención ya que su estructura, justificación y finalidad pueden ser muy criticadas. En efecto:
- La legislación propuesta implica un esfuerzo simbólico estéril y contraproducente en términos económicos. En efecto, la norma solo cumple una función simbólica que no tiene soporte empírico sobre su utilidad. Es de notar que el informe de ponencia del proyecto de ley no reseña ningún argumento en su acápite III y IV sobre la justificación, necesidad, proporcionalidad, utilidad o eficacia de la norma propuesta. Por

el contrario, se está ejerciendo un populismo punitivo que busca aplacar a la opinión pública con la falsa sensación de que se está haciendo algo por combatir la corrupción, cuando en realidad solo se está apilando otra norma más sobre un cuerpo normativo anticorrupción ya de por sí robusto y amplio, que no necesita de más normas, sino de aplicación y ejecución.

- Lo anterior tiene efectos económicos contraproducentes. Se plantea la cuestión: ¿Cómo se quiere reactivar la economía, tan golpeada por la coyuntura, si se imponen cargas desbordadas a actividades legítimas y fundamentales para los proyectos de infraestructura del país? La legislación, entonces, no ataca el problema de la corrupción y, por el contrario, desincentiva la participación de sociedades fiduciarias serias y reconocidas en el mercado en cualquier proyecto de infraestructura.
- Así mismo, la norma es totalmente innecesaria, en cuanto que ya existe en el ordenamiento jurídico delitos que recogen el supuesto de hecho que la nueva norma quiere sancionar (como por ejemplo, el delito del art. 410 del C.P.). En este sentido, se evidencia que la política criminal que se propone es incoherente, repetitiva y contradictoria, que tendrá como consecuencia dificultades interpretativas sobre qué tipo penal aplicar, y puede incluso suponer

problemas de constitucionalidad por violación al principio de igualdad. Este tipo de situaciones dificulta el trabajo de fiscales y jueces, e implica riesgos de debido proceso que, de hecho, son fácilmente aprovechados por algunas defensas.

- La técnica legislativa propuesta adolece de fallas que suponen lesiones graves al principio de legalidad, de taxatividad de la norma penal y de determinación del hecho ilícito. En concreto, se hacen remisiones abiertas y amplias a otros estamentos normativos sin concreción alguna, como son principios generales del derecho. Es de recordar que la Corte Constitucional ha permitido los llamados tipos penales en blanco siempre y cuando la remisión normativa sea concreta y no abstracta o difusa, como es el caso de la norma propuesta.
- Desde la perspectiva de la teoría del delito, es inaceptable la equivalencia punitiva entre un servidor público y un particular. Desde cualquier punto de vista, es obvio que el desvalor de acción del servidor público, vinculado por la Constitución y la ley en su actuar, es mucho mayor que la del mero particular, que no comporta los mismos deberes que el servidor público. De esta forma, es contradictorio que dos situaciones de hecho diferentes comporten la misma consecuencia jurídica. Insistir en ello desquicia el sistema penal en su coherencia interna,

deja como irrelevante la figura del interviniente y desordena los mensajes de prevención general que buscan las normas penales.

- La descripción típica, que vincula el delito solo a proyectos de infraestructura productiva y social, también es inadecuada, ya que limita en exceso su ámbito de aplicación. Si el objetivo es combatir la corrupción, ello debe hacerse en forma general e integral, y no solo cargando con riesgos penales a determinados sectores económicos que, por lo demás, no han sido focos de corrupción en la experiencia histórica reciente del país.

III. MEDIDAS PROCESALES

En general, dentro de las medidas procesales, el proyecto busca ampliar los términos de la investigación, ampliar los términos de prescripción de la acción penal y obligar a las entidades públicas víctimas y a la Contraloría General de la República a constituirse como víctima en los procesos por corrupción.

CONTACTO:



Oscar Tutasaura
oscar.tutasaura@phrlegal.com



Luis Miguel Russi
luis.russi@phrlegal.com