

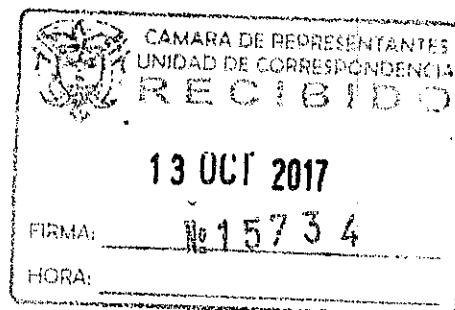


Corporación
Excelencia en la Justicia

Bogotá, D.C., 12 de octubre de 2017

168-2017

Honorable Representante
Rodrigo Lara Restrepo
Presidente Cámara de Representantes
Cámara de Representantes
Ciudad



Adjunto a la presente enviamos para su consideración algunas observaciones y recomendaciones al Proyecto de Ley 05 de 2017 (Cámara), *“Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”*, presentado por la Fiscalía General de la Nación.

Esperamos que este análisis contribuya al mejoramiento de la iniciativa, sobre la cual consideramos necesario introducir ajustes que eviten riesgos de inconstitucionalidad o efectos contrarios a los esperados.

Cordialmente,

Gloria María Borrero Restrepo
Directora Ejecutiva
Corporación Excelencia en la Justicia

Comentarios al proyecto de ley “por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”

En este documento se presentan comentarios a algunos artículos del proyecto de ley “por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”, propuesto por la Fiscalía General de la Nación. Se escogieron algunos artículos que se consideran especialmente problemáticos, pero esto no excluye que haya más asuntos que deban revisarse en un futuro.

I. Omisión de reportes sobre operaciones sospechosas de corrupción

El artículo 4 del proyecto de ley adiciona el delito de *omisión de reportes sobre operaciones sospechosas de corrupción* al Código Penal:

Artículo 4. Créese un artículo 325C en la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:
“*Artículo 325 C. Omisión de reportes sobre operaciones sospechosas de corrupción.* Los contadores, revisores fiscales y jefes de control interno, que estando obligados a reportar en los términos definidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho, omitan el cumplimiento de los reportes de operaciones inusuales o sospechosas de corrupción a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.”

Este artículo crea un nuevo tipo penal en blanco, que remite a los términos definidos por el Ministerio de Justicia y Derecho sobre reportes de operaciones sospechosas de corrupción. Si bien el término «operaciones sospechosas» existe dentro de la normativa asociada a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), el término de «operaciones sospechosas de corrupción» es nuevo y genera confusión para la aplicación del tipo penal propuesto. No es claro si se pretende criminalizar toda omisión de reportar «operaciones inusuales o sospechosas», o si se pretende crear una nueva categoría más restringida de «operaciones inusuales o sospechosas de corrupción». En caso de que se pretenda criminalizar toda omisión de reportar «operaciones inusuales o sospechosas», la palabra *corrupción* es innecesaria y genera confusión en la descripción típica. Además, en este caso el tipo penal sería demasiado amplio. Violaría el mandato de determinación previsto en los principios de legalidad¹ y de tipicidad² por no cumplir con los requisitos de claridad y certeza exigidos a las normas penales. En cambio, si por motivos de política criminal se desea crear una nueva categoría más restringida, resulta problemática la falta de claridad sobre sus límites y significado. En este caso también se estarían violando los principios mencionados al remitir

¹ Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que “el principio de legalidad se traduce en el axioma de que no hay crimen sin ley anterior que defina en forma inequívoca la acción u omisión punible; la expresión inequívoca pretende proscribir los tipos penales abiertos” en la sentencia C-241 de 1997. Ver también sentencias C-211 de 2000, C-996 de 2000 y C-1161 de 2000.

² El artículo 10 del Código Penal indica que “la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”.

a una categoría que actualmente no existe en el ordenamiento jurídico³. Además, también es pertinente anotar que incluso si la remisión es tan solo al concepto «operaciones inusuales o sospechosas» previsto en la normativa asociada a la UIAF, este tipo penal en blanco viola el principio de legalidad por hacer una remisión vertical, esto es, a una norma de rango inferior y no a otra ley (remisión horizontal).

Por otro lado, la pena prevista para este nuevo delito es mayor que la pena prevista para el delito de *omisión de denuncia de servidor público* (art. 417), incluso en su modalidad agravada (inciso 2). Esto quiere decir que el servidor público que omita denunciar una conducta punible de que tenga conocimiento en los términos del artículo 417 comete una conducta menos grave para el ordenamiento jurídico que quien omita denunciar operaciones inusuales o sospechosas. De la misma manera, el *cohecho por dar y ofrecer* (art. 407) tiene una pena similar a la de la *omisión de reportes* acá estudiada, siendo entonces igual de desvalorado por el ordenamiento jurídico el acto corrupto que la omisión de reportar operaciones sospechosas de corrupción. La pena de este artículo no parece ser proporcional.

Finalmente, en la versión del artículo presentada en la exposición de motivos se incluye dentro del listado de sujetos activos a cualquier abogado, pero en el proyecto de ley «los abogados» ya no se encuentran incluidos en el listado. Es importante prestar atención a esta inconsistencia y tener en cuenta que incluir a los abogados como posibles sujetos activos de esta conducta hace inaplicable el secreto profesional en este tipo de casos, lo que entraría en conflicto con el artículo 74 constitucional⁴.

³ El artículo 6 del Código Penal se refiere al principio de legalidad, e indica que “la preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”. En este sentido, la remisión a la normativa de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) y a los términos definidos por el Ministerio de Justicia respecto de la omisión de reporte de «operaciones sospechosas de corrupción» violaría el deber de juzgar conforme a normas preexistentes, ya que este término no está definido en dicha normativa.

⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con los actos de corrupción y el secreto profesional de revisores fiscales, en la sentencia C-200 de 2012 que estudia la constitucionalidad del artículo 7 de la ley 1474 de 2011, que dispone que “en relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional”. Aunque en este caso la Corte fundamentó la constitucionalidad de la norma, su argumentación no se extiende al secreto profesional que se predica de la labor de los abogados, como puede verse en lo enunciado por la Corte:

“(…) a diferencia de las demás funciones que puede ejercer un contador público, cuando desempeña dicha labor – la de revisoría- no desarrolla una gestión de asesoría particular, sino que su labor consiste en verificar el buen desempeño de la empresa y en el caso contrario, presentar el asunto a las autoridades respectivas.

(…)

En efecto, mientras el contador público se desempeñe como revisor fiscal, tendrá la obligación legal y moral de denunciar los hechos irregulares de los que tenga conocimiento, hechos que deben ser denunciados ante las instancias competentes.

En este orden de ideas, el secreto profesional de otras profesiones liberales no puede equipararse a la actividad misma del revisor fiscal ejercida por contadores públicos. Así, el revisor fiscal no debe asumir la defensa de ninguna persona en una investigación administrativa o judicial, no se entera de los hechos a partir de la narración de un cliente, sino a partir del ejercicio de auditoría de sus funciones, el revisor fiscal da fe pública de las actuaciones que revisa y tiene claros deberes tanto con los socios de la empresa como con la sociedad” (negrita fuera de texto).

II. Porte de dinero en efectivo

El artículo 7 del proyecto de ley modifica el artículo 390 del Código Penal, sobre Corrupción al sufragante. Se agregan dos nuevos incisos:

Artículo 7. Modifíquese el artículo 390 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 390. Corrupción de sufragante.

(...)

El candidato, su cónyuge, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil, el militante o simpatizante, que durante la jornada electoral o dentro de los tres días anteriores a su celebración, porte, mantenga o transporte, sumas de dinero en efectivo que, en la cuantía que para los efectos de este artículo determine la autoridad electoral, incurrirá en pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión.

Se entenderá por simpatizante toda persona que haya desarrollado actividades de propaganda o proselitismo electoral de conformidad con la legislación vigente.”

Estos dos incisos crean un nuevo tipo penal en blanco y de mera conducta que castiga el porte de dinero en efectivo, en los casos en que se cumpla con ciertas circunstancias típicas: que sea dentro de los tres días anteriores o durante la celebración de la jornada electoral, y que la suma sea la especificada por la autoridad electoral. Este tipo es inconstitucional, ya que viola el principio de responsabilidad individual al presumir que el porte de dinero en efectivo será para la compra de votos sin analizar el daño al bien jurídico concreto. También viola el principio de taxatividad al ser un tipo en blanco de peligro en abstracto con una remisión vertical, y viola el principio de culpabilidad por tratarse de un delito de mera conducta que no genera un verdadero riesgo al bien jurídico de participación democrática.

III. Cohecho por acto ilegal cumplido

El artículo 10 del proyecto de ley adiciona el delito de *Cohecho por acto ilegal cumplido* al Código Penal:

Artículo 10. Créese un artículo 407A en la Ley 599 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 407A. Cohecho por acto ilegal cumplido. El servidor o ex servidor público que, sin mediar promesa remuneratoria, solicite o reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, por haber retardado u omitido un acto propio de su cargo o ejecutado uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión y multa equivalente al doble del valor recibido, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años”.

En la misma pena incurrirá quien ofrezca o dé dinero u otra utilidad al servidor en los términos de este artículo.”

El delito de *cohecho por acto ilegal cumplido* se refiere a aquellas situaciones en que un servidor o ex servidor público (sujeto activo) solicita o recibe (verbos rectores) dinero u otra utilidad *después* de haber cometido un acto contrario a su cargo, como retardar u omitir un acto propio de su cargo o ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales (prevaricato). Es necesario que el acto de solicitar o recibir dinero se haga con posterioridad al prevaricato, y que no haya habido promesa remuneratoria previa a dicho acto.

Este nuevo delito tiene varias particularidades:

Primero, la descripción del primer inciso de este artículo pareciera ajustarse más a un tipo de *concusión* que de *cohecho*. La *concusión* se refiere a “el servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite”, conforme al artículo 404 del Código Penal. Así, se trata de un tipo penal con tres verbos rectores: «constreñir», «inducir» y «solicitar». Los elementos esenciales de este delito son “obrar para obtener provecho, que este sea ilícito y que para alcanzarlo el agente amenace con un acto de autoridad de la cual está investido en forma legal” (Pabón Parra, 2005, p. 890). Las acciones previstas por el *cohecho por acto ilegal cumplido* propuesto se ajustan a los elementos esenciales del delito de *concusión*, y están cubiertas por la descripción típica de este delito bajo el verbo rector «solicitar», con la excepción de las conductas que respondan al verbo rector «recibir», incluido en el tipo propuesto. Por otro lado, el *cohecho* en el Código Penal es “pactar la venta de un acto oficial que debe realizarse como servicio del Estado, por lo cual no debe reportar beneficio económico u oneroso para él o para sus agentes” (*Ibid*, p. 891). Las conductas previstas por el *cohecho por acto ilegal cumplido* no se ajustan a la definición actual de *cohecho*. Así, estamos ante una variante de *concusión* y no de *cohecho*, por lo que llamarla *cohecho* e incluirla dentro del Capítulo pertinente a este tipo de delitos generaría confusión en la aplicación.

Además, la *concusión* tiene una pena de 96 a 180 meses (8 a 15 años), multa de 66,66 a 150 SMLMV e inhabilidad de 80 a 144 meses (6,6 a 12 años), mientras que el *cohecho por acto ilegal cumplido* propuesto tendría una pena de 4 a 8 años e inhabilidad de 6 a 10 años. En términos de política criminal tiene sentido que un delito en el que se «constriñe» e «induce» a un acto tenga mayor pena que un delito en el que tan solo se «solicita» o «recibe», puesto que los primeros dos verbos rectores implican una afectación a la libertad y por lo tanto tienen un mayor desvalor de resultado. Así, para castigar las situaciones descritas en el primer inciso del tipo propuesto de *cohecho por acto ilegal cumplido*, sería correcto crear un nuevo tipo de *concusión* con los verbos rectores «solicitar» y «recibir», junto con la pena prevista.

Así, lo que se sostiene en este comentario es que el tipo propuesto se ajusta más a una *concusión* que a un *cohecho*, puesto que en la *concusión* se obliga, constriñe o solicita a alguien a dar «dinero o utilidad indebidos», mientras que en el *cohecho* se «acepta», «recibe», «da» u «ofrece» el acto contrario a deberes oficiales. Se entiende como “la venta” de la función pública, la “venta” de un acto contrario a deberes oficiales. El tipo propuesto no es un *cohecho* porque no tiene que ver con la venta del acto contrario a deberes oficiales; no

tiene que ver con que se «dé», «solicite» o «accepte» dinero a cambio de que se lleve a cabo un acto contrario a deberes oficiales. En este caso el acto ya se llevó a cabo y el pago se pide con posterioridad. Se pide un pago indebido porque es un pago a cambio de un acto ilícito. Por lo tanto, se trata de un cohecho.

Así, la forma más adecuada de lograr penalizar el acto descrito en el tipo propuesto sería plantear que existan dos tipos distintos de concusión: uno con mayor pena en el que los verbos rectores sean «constreñir» e «inducir», y otro con menor pena en el que los verbos rectores sean «solicitar» y «recibir», que además pueda ser cometido por ex servidores públicos.

IV. Manipulación fraudulenta de actuaciones procesales

El artículo 23 del proyecto de ley adiciona el delito de *Manipulación fraudulenta de actuaciones procesales* al Código Penal:

Artículo 23. Créese un artículo 445A a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:
“*Artículo 445A. Manipulación fraudulenta de actuaciones procesales.* El que manipule fraudulentamente actuación procesal en que deba intervenir incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

Conforme a la descripción típica, este delito aplica a todo aquel que “manipule fraudulentamente” una “actuación procesal en que deba intervenir”. Si bien el tipo no tiene sujeto activo calificado, sí incluye como requisito objetivo que el autor manipule una actuación procesal *en la que deba intervenir*, lo que limita la posibilidad de cometer el delito. El artículo no es claro respecto a cómo debe entenderse este requisito, por lo que su redacción debe ser revisada.

Una primera interpretación podría ser que el requisito objetivo se refiere a los intervinientes en un sentido restringido, esto es, las partes e intervinientes en el proceso penal conforme al Código de Procedimiento Penal. Esto sería problemático ya que los escribientes y secretarios no son intervinientes en un sentido procesal, pero al ser quienes transcriben la información pertinente y organizan las actividades del juzgado, también pueden ser los autores de manipulaciones fraudulentas a dichas actividades. En este caso, sus actos no estarían cobijados por el tipo. Además, esta interpretación no se ajusta realmente a la redacción del tipo, ya que los intervinientes en el proceso penal no son realmente sujetos que *deben* intervenir, sino sujetos que *pueden* o *están facultados* para intervenir.

Una segunda interpretación podría ser que el requisito objetivo hace uso del verbo *intervenir* en un sentido amplio y no jurídico. En este caso, el delito podría ser cometido por todo aquel que intervenga de cualquier forma en una actuación procesal, y no solo por aquellos que sean

considerados intervinientes en los términos del Código de Procedimiento Penal. Esta interpretación soluciona el caso de los escribientes y secretarios del juzgado, pero no deja de ser problemática. Si bien estos sí son sujetos que *deben* intervenir en cumplimiento de sus labores, los principios de legalidad y de favorabilidad exigen que ante la duda el artículo sea interpretado de la manera más restringida y favorable a los procesados. Esto hace problemática la aplicación del tipo conforme a dicha interpretación.

V. Alteración de reparto

El artículo 25 del proyecto de ley adiciona un nuevo delito al Código Penal, que castiga el alterar el reparto judicial:

Artículo 25. Créese el artículo 454D en la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:
“Artículo 454D. El que altere el reparto de actuación judicial o administrativa, incurrirá, por esta sola conducta, en pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años, en inhabilitación del ejercicio de funciones.”

Este nuevo delito es un delito de mera conducta; el simple acto de alterar el reparto genera responsabilidad penal. Es posible interpretar que este delito abarca las situaciones en que se altere el reparto de actuaciones judiciales por motivos de eficiencia y descongestión judicial⁵; por ejemplo, cuando se requiere descargar a un juez de trabajo para que se concentre en algunos casos específicos o cuando se requiere acumular tutelas masivas⁶. Sería conveniente revisar la redacción del artículo para hacer explícita la interpretación correcta. Una opción podría ser exigir un resultado típico, y otra podría ser agregar un elemento subjetivo que exija que el autor actúe con el motivo de generar efectos favorables a una de las partes en un proceso.

VI. Artículos que exceden las competencias del juez de control de garantías y que podrían generar responsabilidad económica para el Estado

Los artículos 27 y 28 del proyecto de ley proponen cambios al Código de Procedimiento Penal que modifican las funciones de los Jueces de Control de Garantías.

Artículo 27. Créese un artículo 85A en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:
“Artículo 85A. *Suspensión de pagos o giros de recursos públicos.* La fiscalía podrá solicitar en cualquier momento al juez de control de garantías que ordene a la autoridad competente la suspensión de pagos o giros, cuando se tengan motivos

⁵ El verbo alterar puede entenderse como “cambiar la esencia o forma de algo” o como “perturbar, trastornar, inquietar” conforme al diccionario en línea de la Real Academia de la Lengua Española.

⁶ Decreto 1834 de 2015. Por el cual se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas.

fundados para inferir que, de efectuarse el desembolso, se producirá una pérdida o deterioro de los recursos públicos, relacionados con conductas vinculadas a investigaciones por delitos contra la administración pública o el patrimonio del Estado.”

Artículo 28. Créese un artículo 92A en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“*Artículo 92A. Medidas cautelares sobre contratos estatales.* El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas, podrá decretar la suspensión del contrato estatal en los eventos en que se pueda inferir razonablemente que para su trámite, celebración, ejecución o liquidación se incurrió en delitos contra la administración pública.”

Parágrafo 2. En los mismos eventos se ordenará la suspensión del ejercicio de la profesión de los procesados, cuando su ejercicio haya sido determinante para la comisión de la conducta punible.”

Estos artículos proponen que a petición de la fiscalía los jueces de control de garantías puedan suspender pagos o giros de recursos públicos y decretar la suspensión de contratos estatales. Se trata de actos que superan las labores constitucionales de los jueces de control de garantías, ya que dichas funciones se limitan a la protección de los derechos fundamentales de las partes. Esta propuesta da pie para que se afecten las relaciones contractuales que comprometen recursos públicos, y para que se afecte el equilibrio económico de contratos estatales, lo que puede generar responsabilidad económica para el Estado. Además, la suspensión del contrato estatal opera durante todo el proceso penal, sin que exista una solución para la obra o servicio que dicho contrato llevaría a cabo, lo que podría obstaculizar la prestación de bienes y servicios que demanda la comunidad. Se trata, además, de decisiones que no corresponden a la naturaleza del proceso penal.

Respecto al parágrafo segundo del artículo 92A propuesto, éste plantea la posibilidad de ordenar la suspensión del ejercicio de la profesión de los procesados en estos casos, a partir de la formulación de la imputación. En esta etapa procesal tan solo existe una inferencia razonable de autoría y participación⁷, por lo que suspender a alguien del ejercicio de su profesión en este momento procesal podría ser inconstitucional por violar los derechos al debido proceso, presunción de inocencia y al trabajo.

Sin embargo, al ser la inhabilidad para el ejercicio de la profesión una de las penas que prevé el Código Penal⁸, podría entenderse que este caso es una situación análoga a lo que ocurre

⁷ Artículo 287 del Código de Procedimiento Penal: “Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.”

⁸ Ver artículo 43 numeral 3 del Código Penal.

con la detención preventiva de la libertad. Ésta es una pena que en principio solo debería imponerse cuando hay una condena en firme, pero que se flexibiliza bajo la figura de medida de aseguramiento. Esta flexibilización exige el cumplimiento de ciertos requisitos, como i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá con la sentencia⁹.

La nueva medida cautelar propuesta afecta directamente derechos fundamentales, por lo que es importante que ésta esté supeditada al cumplimiento de requisitos legales estrictos. Al artículo 92A propuesto le aplican los requisitos previstos en el artículo 93 del Código de Procedimiento Penal, que remite a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil (ahora Código General del Proceso) para las medidas cautelares. Sin embargo, esto no es suficiente. Para garantizar la constitucionalidad de la medida propuesta, es necesario exigir el cumplimiento de requisitos similares a los previstos para las medidas de aseguramiento, a saber: que la medida sea necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia en el ejercicio de su profesión, o que al continuar el ejercicio de su profesión éste constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

VII. Suspensión del ejercicio del cargo a servidores públicos en audiencia de formulación de acusación

El artículo 34 del proyecto de ley adiciona un nuevo párrafo al artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, que trata del trámite de la audiencia de formulación de acusación:

Artículo 34. Adiciónense dos párrafos al artículo 339 de la Ley 906 de 2004, que trata sobre el trámite de la audiencia de acusación, el cual quedará así:

“Parágrafo 1. Presentado el **escrito de acusación** en investigaciones que se adelanten en contra de servidores públicos, el juez de conocimiento procederá inmediatamente a comunicar al respectivo nominador para que en un término que no podrá superar las 48 horas, proceda a suspender en el ejercicio del cargo al servidor público, medida que se mantendrá hasta tanto se emita sentencia en firme.

Cuando se trate de investigaciones adelantadas por conductas que atenten contra la administración pública o el patrimonio del Estado, a partir de la formulación de **imputación** o su equivalente, el juez de control de garantías procederá a emitir las comunicaciones correspondientes.

El incumplimiento a lo aquí dispuesto, constituye falta disciplinaria gravísima” (negrita fuera de texto).

⁹ Ver artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Este artículo establece la suspensión automática del cargo a todo servidor público que sea **acusado** por un delito, o **imputado** por un delito que atente contra la administración pública, sin que medie ningún tipo de ponderación o consideración sobre la necesidad de esta medida, puede ser violatorio de los derechos al debido proceso, presunción de inocencia, y al trabajo. Si el servidor público es de elección popular también podría considerarse violatorio de derechos políticos. Además, en caso de que operara esta suspensión automática y el acusado fuera absuelto, daría lugar a responsabilidad económica del Estado.

En caso de que la permanencia del servidor público en el cargo genere un riesgo para el debido ejercicio de la justicia, procedería una petición de medida de aseguramiento privativa o no privativa de la libertad ante juez de control de garantías.

Por los riesgos de inconstitucionalidad que genera, así como por el impacto económico para el Estado, se considera necesario eliminar esta disposición o cambiar de forma importante su redacción, con el fin de que no proceda de manera automática, sino de por solicitud motivada y sustentada del fiscal ante el juez de garantías¹⁰.

VIII. Sobre quién puede constituirse como víctima en procesos contra la administración pública o el patrimonio del Estado

El artículo 29 del Proyecto de Ley adiciona un párrafo al artículo 132 del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre *Víctimas*:

Artículo 29. Adiciónese un inciso al artículo 132 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

Parágrafo. En los procesos contra la administración pública o el patrimonio del Estado, solo podrán constituirse como víctimas la persona jurídica de derecho

¹⁰ Cabe anotar que la suspensión del cargo a servidores públicos mientras culminan investigaciones o un proceso en su contra puede ser llevada a cabo por el Contralor General de la República bajo el principio de verdad sabida y buena fe guardada, consagrado en el artículo 268 constitucional. Sin embargo, esta suspensión no procede de manera automática, pues como señaló la Corte Constitucional, luego de hacer un recuento jurisprudencial sobre esta facultad “si el ente de control fiscal tiene razones sólidas y evidencias razonables para establecer que la permanencia de un funcionario en el cargo afecta el desarrollo de una investigación, obstaculiza la fiscalización o compromete aún más el patrimonio del Estado, puede exigir al nominador de la respectiva entidad la suspensión inmediata y temporal del servidor público investigado. El uso de la atribución en referencia implica que el Contralor previamente deba iniciar el correspondiente proceso o investigación de manera que obtenga suficientes elementos de juicio para imponer dicha medida cautelar”. Sentencia T-416 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



Corporación
Excelencia en la Justicia

público perjudicada y la Contraloría General de la República o las Contralorías Territoriales, según el caso.”

En la exposición de motivos se afirma que “se excluye a los particulares que no puedan demostrar que sufrieron un daño directo a raíz de la conducta delictiva que se investiga” (subrayado fuera de texto). Sin embargo, la norma no hace esta salvedad, sino que limita la posibilidad de constituirse como víctima tan solo a “la persona jurídica de derecho público perjudicada y la Contraloría”, por lo que **quedan excluidos todos los particulares**. Así, este artículo elimina la posibilidad de cualquier víctima particular de este tipo de delitos de constituirse como tal, lo que es contrario a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, incluso a la jurisprudencia prevista en la sentencia C516 de 2007, que es citada en la exposición de motivos.

Este párrafo habla de “los procesos contra la administración pública o el patrimonio del Estado”, pero como es un artículo del Código de Procedimiento Penal, es forzoso interpretar que se refiere a los procesos *por delitos* contra la administración pública o aquellos en que se vea perjudicado el patrimonio del Estado.

IX. Reserva de la actuación penal

El artículo 30 del Proyecto de Ley adiciona un nuevo artículo al Código de Procedimiento Penal sobre *Reserva de la actuación penal*:

Artículo 30. Créese un artículo 212B en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:
“*Artículo 212B. Reserva de la actuación penal.* La indagación será reservada. En todo caso, la Fiscalía podrá revelar información sobre la actuación como parte de su estrategia procesal o por razones de interés general”.

En el Sistema Penal Acusatorio, la etapa de indagación e investigación es la etapa anterior a la imputación. En esa etapa corresponde a la Fiscalía General de la Nación indagar e investigar los hechos de que tenga conocimiento y que revistan las características de un delito¹¹. Una vez este proceso arroje información suficiente para inferir que quien se investiga ha sido autor o partícipe de un delito, es momento de que la fiscalía lleve a cabo la formulación de imputación¹². Antes de esto, el investigado no se ha enterado oficialmente de

¹¹ El artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, en su primer inciso, indica: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.”

¹² Ver artículo 287 del Código de Procedimiento Penal:

“**Artículo 287.** *Situaciones que determinan la formulación de la imputación.* El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito

que la fiscalía lo está investigando¹³. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que en este sistema el derecho de defensa se ejerce desde antes de la etapa de indagación e investigación¹⁴. De esta manera, si bien actualmente el código no establece de manera expresa que la etapa de indagación e investigación goza de reserva¹⁵, sí es claro que en esta etapa el investigado es sujeto de derechos procesales, como por ejemplo el derecho de defensa y el derecho al debido proceso.

El artículo propuesto pretende hacer expresa la reserva de esta etapa, con una excepción: cuando la Fiscalía decida revelar información como parte de su estrategia procesal o por razones de interés general. Se permite que la Fiscalía revele información, por ejemplo, ante medios de comunicación, en una etapa en la que el sujeto investigado no ha sido vinculado oficialmente al proceso y en que no se ha llevado a cabo el descubrimiento probatorio.

En la etapa de indagación la Fiscalía ya es una parte con intereses dentro del proceso, que además tiene un poder asimétrico para incidir en lo que se publica en los medios de comunicación respecto del que, por regla general, tendría un procesado. Permitir que ésta use la publicidad de la información en esta etapa con fines estratégicos puede generar efectos en los medios de comunicación que orienten la opinión pública y den pie para un juicio paralelo. Todo lo anterior puede crear un sesgo en un futuro juzgador. El manejo de información en medios también puede generar expectativas y presiones en la sociedad civil que acaben violando la igualdad de armas, la imparcialidad judicial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

Es apropiado, entonces, establecer la reserva de la etapa de indagación e investigación para evitar el uso de medios de comunicación para generar expectativas en la sociedad civil que acaben vulnerando los derechos del procesado. Dicha reserva no debería tener como excepción el uso de la información para fines estratégicos que favorezcan la posición de la Fiscalía en el proceso.

X. Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento

El artículo 31 del Proyecto de Ley adiciona un párrafo al artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre el *Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento*:

que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.”

¹³ Al respecto el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal indica que “la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado”.

¹⁴ En la sentencia C 799 de 2005, el artículo 8 del Código de Procedimiento Penal fue declarado exequible “sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”.

¹⁵ A diferencia de la reserva del sumario que existía en el sistema inquisitivo previsto en la Ley 600 de 2000.

Artículo 31. Adiciónese un párrafo al artículo 224 de la ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 224. Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento. La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

Parágrafo. Sin perjuicio de los casos expresamente regulados en la ley, en las actividades investigativas que requieran control judicial la orden del fiscal deberá ser diligenciada en un plazo máximo de seis (6) meses, si se trata de la indagación, y de tres (3) meses, cuando ésta se expida con posterioridad a la formulación de imputación.”

La exposición de motivos explica que “(...) lo que en esencia se persigue con el artículo en comento es adecuar los tiempos de diligenciamiento de la orden para el desarrollo de actividades de policía judicial con la complejidad de los casos de corrupción.” (...) “debe entenderse que la ampliación de los términos allí contenidos es precisamente para investigar con mayor eficacia delitos que son de alto impacto en la colectividad y que requieren un tratamiento procesal diferente por su complejidad”.

Sin embargo, la redacción del párrafo es confusa y no cumple con el propósito planteado en la exposición de motivos. No queda claro en qué casos aplica el plazo mencionado en los párrafos, ni bajo qué condiciones.

XI. Interrupción al término de legalización de captura

El artículo 33 del proyecto de Ley adiciona dos nuevos párrafos al artículo 297 del Código de Procedimiento Penal que trata sobre los requisitos generales para la legalización de captura:

Artículo 33. Adiciónense dos nuevos párrafos al artículo 297 de la Ley 906 de 2004, relativo a los requisitos generales para la legalización de captura, los cuales quedarán así:

“Parágrafo 2. La persona que sea capturada será puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de un término de 36 horas, el cual será interrumpido con la instalación de la audiencia por parte del juez competente en cumplimiento de lo señalado en el artículo 28 de la Constitución Política. En todo caso, para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo se tendrá en cuenta el criterio de plazo razonable, de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia interamericana.



Corporación
Excelencia en la Justicia

“Parágrafo 3. En la audiencia de legalización de captura el fiscal podrá solicitar la legalización de todos los actos de investigación concomitantes con aquella que requieran control de legalidad posterior.”

El parágrafo segundo adicionado propone una flexibilización al término para presentar ante juez de control de garantías al capturado, permitiendo que este plazo sea interrumpido una vez instalada la audiencia, mediante la suspensión de la misma. El propósito de este cambio legislativo se explica en la exposición de motivos de la siguiente manera:

“Estos nuevos párrafos ajustan la contabilización del término de las 36 horas para mejorar la judicialización de los miembros de una estructura criminal y de los servidores que hagan parte de dichas estructuras o hayan sido cooptados temporalmente. En muchas ocasiones, se capturan numerosos miembros de una banda criminal en una sola operación. En estos eventos, sucede que todos los capturados se ponen a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes a su captura. Sin embargo, la legalización individual de la captura de algunos individuos desborda dicho término por razones relacionadas con el curso natural del tiempo de las audiencias y otros factores que escapan al control de los funcionarios judiciales. En estos casos, los jueces entienden que se incumplió con la regla constitucional.”

Sin embargo, el artículo no limita la interrupción a los casos en que sean varios capturados, ni propone un término concreto máximo para dicha interrupción. Entonces, el artículo podría correr el riesgo de ser declarado inconstitucional por violar lo previsto en el artículo 250 de la Constitución. Sería más adecuado indicar expresamente que el término de treinta y seis horas se interrumpe con la instalación de la audiencia, que la suspensión de la audiencia está prohibida y que su extensión debe ajustarse a un plazo razonable. Esto podría plantearse como se hizo en el Proyecto de Ley 21 de 2015 de la Cámara de Representantes “por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones”, propuesto por la Fiscalía General de la Nación.

Este proyecto proponía modificar el artículo segundo del Código de Procedimiento Penal de la siguiente manera:

Artículo 1. Modifíquese el inciso 3 del artículo 2 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1142 de 2007, el cual quedará así:

“**Artículo 2. Libertad.** Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El Juez de Control de Garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia, la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las

partes, en los términos señalados en este Código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En todos los casos, se solicitará el control de legalidad de la captura al Juez de Control de Garantías en el menor tiempo posible, debiéndose iniciar la audiencia de control efectivo dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la aprehensión, salvo lo dispuesto en el parágrafo del artículo 298 de la Ley 906 de 2004. Está prohibida la suspensión de la audiencia y su duración deberá atender a un plazo razonable. El juez velará por terminar la audiencia sin ninguna dilación.

Parágrafo. El plazo razonable al que se hace referencia en el inciso anterior, deberá atender a los criterios de: (i) complejidad del asunto, (ii) actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades judiciales.”

Bibliografía:

Pabón Parra, P. (2005). *Manual de derecho penal: Parte general, parte especial* (7a. ed. ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Colombia. Congreso de la República. Ley 599 (2000). Código Penal. Bogotá D.C. 2000.