



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 587

Bogotá, D. C., lunes, 24 de junio de 2017

EDICIÓN DE 66 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

CÁMARA DE REPRESENTANTES

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 005 DE 2017 CÁMARA

por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La corrupción es uno de los principales flagelos que afectan a la sociedad colombiana. Distintos informes, estudios y diagnósticos han demostrado que el índice de corrupción en Colombia se mantiene en niveles porcentuales muy altos respecto a la mayoría de países de la región. Esto significa que persiste en nuestro país una tendencia a cometer actos corruptos relacionados en especial con procesos electorales, contratación pública y desempeño de los servidores públicos¹. Adicionalmente, este fenómeno —que ha permeado la institucionalidad desde hace años y ha comprometido importantes recursos presupuestales y bienes públicos— parece ir en aumento. De acuerdo con los datos internos, la Fiscalía General de la Nación ha registrado en lo que va corrido del año 2017, un incremento del 14% en las denuncias

presentadas por actos de corrupción. Lo anterior es justificación suficiente para que el Estado priorice la implementación de políticas públicas encaminadas a prevenir, reducir, investigar y judicializar las conductas delictivas que se han identificado como principales generadoras de corrupción. En el marco del diseño de esas políticas se inscribe este proyecto de ley.

Así, esta iniciativa busca atacar las consecuencias de este fenómeno delictivo que —de acuerdo con cifras de Transparencia por Colombia— le cuesta a los colombianos \$9 billones anuales, lo que representa el 1.6% del Producto Interno Bruto (PIB)². En otras palabras, busca adoptar medidas de carácter integral, inscritas en una política criminal coherente, que suministren herramientas para que la corrupción sea perseguida y castigada sin tregua.

Esta iniciativa reconoce además que las graves consecuencias de la corrupción han sido advertidas incluso por instancias internacionales, las cuales han elaborado instrumentos transnacionales que promueven la lucha frontal contra la corrupción, bajo la premisa de que todos los componentes de este flagelo y las causas que lo producen deben ser desterrados. Estos instrumentos internacionales encuentran su fundamento en la convicción de que los actos de corrupción pueden implicar el desconocimiento de los derechos humanos. Así, por ejemplo, los tratados y procedimientos especiales de las Naciones Unidas han concluido que este fenómeno criminal impide que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos³, porque los actos

¹ Un completo estudio sobre la materia fue documentado en el libro “El fracaso de la lucha anticorrupción en Colombia” de la profesora Carolina Isaza publicado en 2011 por la Universidad Externado de Colombia. En esta obra se establece que “[s]egún esta medida, entonces, 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). Todo esto 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 relativa”.

² Informe de Transparencia por Colombia titulado “Efectos Colaterales de la Corrupción en el Desarrollo Institucional de Colombia” – 10 de diciembre de 2015.

³ AAVV, la Corrupción y los Derechos Humanos Estable-

de corrupción interfieren con el deber estatal de “proteger a las personas” y garantizar la efectividad de los derechos.

En consecuencia, la corrupción podría considerarse incluso una violación a los derechos. De allí que Colombia deba fortalecer sus herramientas para atacar las conductas corruptas en todos los niveles del sector público e incluso privado. Para desarrollar esta labor es necesario tener en cuenta los lineamientos generales consignados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴ y en la Convención Interamericana contra la Corrupción, los cuales han reconocido la gravedad de los efectos de este fenómeno que “socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”⁵.

Por otra parte, la gravedad de la corrupción y de sus efectos para la sociedad colombiana también ha sido reconocida por la Corte Constitucional. El alto Tribunal al revisar la exequibilidad de la ley que aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción señaló que los delitos asociados a esa conducta quebrantan los pilares del ordenamiento constitucional. En ese orden de ideas, dicho Tribunal enumeró los principios que los actos corruptos transgreden abiertamente en tanto impiden su realización efectiva, a saber: la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁶. Asimismo, hizo suyas las palabras del experto en desarrollo internacional y consejero del Banco Mundial en relación con la corrupción como agravante de la desigualdad, al señalar que implica sembrar “las semillas de tensiones sociales y políticas, amenaza la propia estructura de la sociedad y mina la eficacia del Estado y la legitimidad política de los gobiernos”⁷. Lo anterior indica que –al unísono– los instrumentos y jurisprudencia nacional e internacional reclaman la necesidad de eliminar la corrupción para que las sociedades prosperen.

Ahora bien, en la medida en que impacta negativamente distintos ámbitos de la sociedad civil y el Estado, para combatir la corrupción se requiere de una multiplicidad de estrategias en diversos niveles y ámbitos de intervención. En

esa medida, la presente propuesta responde a la necesidad de fortalecer los instrumentos jurídico-penales que nos permitan ser más eficaces en la lucha contra la corrupción, teniendo en cuenta –además–, que desde la política criminal del Estado se hace imperativo empoderar a los fiscales y jueces para puedan contrarrestar a los corruptos de forma más efectiva. En ese orden de ideas este proyecto de ley facilita la judicialización y sanción tanto de los servidores públicos como de los particulares que sean autores o partícipes de delitos contra la administración pública.

Este proyecto es también una manifestación de la iniciativa legislativa que la Constitución le asigna al Fiscal General de la Nación⁸ en el diseño de la política criminal del Estado y contempla distintas modificaciones normativas para contrarrestar las principales conductas que se han identificado como generadoras de corrupción. Entre ellas, medidas enfocadas a combatir el fenómeno en campañas políticas, procesos de contratación pública, el deber de denuncia de hechos asociados a la corrupción, testaferrato en detrimento de la administración pública, ocultamiento o destrucción de pruebas, entre otros, en tanto que si bien la lucha integral contra la corrupción requiere de medidas multidisciplinarias, lo cierto es que las competencias en materia legislativa de la Fiscalía General de la Nación se circunscriben exclusivamente al ámbito político criminal.

A continuación se hará la relación completa de cada norma que integra el articulado indicando su redacción original –cuando se trate de modificaciones normativas–. Posteriormente, para cada propuesta se efectuará un análisis de su finalidad legítima y constitucionalidad, siguiendo como parámetro principal la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia.

JUSTIFICACIÓN DEL ARTICULADO

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 46 a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 46. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, sin exceder los límites que alude el artículo 51 de este Código, siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, medie relación de causalidad entre el delito y la profesión o contravenga las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

⁸ El numeral 4 del artículo 251, modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo número 003 de 2002, dispone que: “[s]on funciones especiales del Fiscal General de la Nación: // (...) 4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”.

ciendo el Vínculo. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2009. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, página 27.

⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Convención contra la Corrupción. New York: Oficina contra la Droga y el Delito, 2004.

⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita el 29 de marzo de 1996 y aprobada por la Ley 412 de 1997.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1998.

⁷ Shihata Ibrahim F.I., “Corrupción. Examen General”, Cambridge, Inglaterra, septiembre de 1996, documento elaborado para el Banco Mundial. Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1998.

En todas las condenas por delitos contra la administración pública el juez deberá imponer esta pena, cuando el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio haya facilitado la conducta punible.

En firme la sentencia que impusiere esta pena, el juez la comunicará a la respectiva Cámara de Comercio para su inclusión en el Registro Único Empresarial (RUES) o el que haga sus veces, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y demás autoridades encargadas del registro de la profesión, comercio, arte u oficio del condenado, según corresponda”.

Justificación del artículo

Se ha identificado como común denominador de los delitos contra la administración pública el uso de las profesiones liberales en la inducción y participación de estas conductas criminales, por lo que se requiere generar consecuencias más drásticas para desincentivar efectivamente estos fenómenos, que precisamente involucran sujetos activos con altas calificaciones profesionales que requieren ser intervenidas por el derecho penal para prevenir la ocurrencia de nuevos delitos que afecten la función y el patrimonio público.

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 194 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro **o de la administración de justicia** divulgue o emplee el contenido de un documento o información que deba permanecer en reserva, **incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años**, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.

– Justificación del artículo

Actualmente el delito de divulgación y empleo de documentos reservados únicamente comprende una multa como sanción penal. Con la propuesta normativa que se pone a consideración se busca imprimir mayor rigor en el tratamiento de la conducta, fijando una pena de prisión entre 5 a 8 años para quien cometa este delito.

Otro aspecto que se está modificando es que se hace referencia a la divulgación o empleo de documento reservado con perjuicio de la administración pública, como supuesto de hecho generador de la sanción penal. El fin punitivo consiste en sancionar a las personas que con interés propio afecten a la administración pública a través de la divulgación o uso de documentos, que por su carácter reservado, pueden generar altas sumas en indemnizaciones por reclamaciones contra el Estado.

– Constitucionalidad de la norma

La redacción de la norma propuesta no afecta principios o derechos de orden constitucional, por el contrario, al establecer una sanción para la conducta en examen, lo que se hace

es proteger en mayor medida al Estado, por conductas relacionadas con la divulgación o uso de documentos reservados, más aún cuando estas acciones pueden derivar en cuantiosas reclamaciones por parte de los afectados.

En ese sentido, el artículo 95 Superior establece que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, de tal manera que si el legislador decide incluir a la administración pública como sujeto pasivo de este delito, se configura un deber para todos los ciudadanos de abstenerse de usar información reservada en perjuicio del Estado.

La Corte Constitucional analizó este asunto en un pronunciamiento sobre el proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley 1712 de 2014. En esa oportunidad concluyó, entre otros, que es proporcional penalizar las conductas que atentan contra la información pública en general, tales como su ocultamiento, destrucción o alteración. Concretamente la Corte señaló:

“Respetando los principios que rigen el ejercicio del poder punitivo del Estado, el artículo determina claramente la conducta que dará lugar al reproche penal, así como la sanción que en tal caso le sería impuesta. El bien jurídico que la disposición legal tutela es, específicamente, el derecho a acceder a la información pública. La norma del Código Penal a la cual se remite el artículo objeto de análisis en el presente proceso, para indicar cuál es la pena que se impondría, protege la información pública en general, sin tener en cuenta otras consideraciones. En el caso de la norma estatutaria en consideración, además del ocultamiento y la destrucción, total o parcial de la información pública, se condena la alteración de esta, una vez haya sido objeto de una solicitud, y sin importar si dicha información es útil o no como prueba”⁹.

Frente a este panorama podría entenderse que si la Alta Corporación consideró admisible constitucionalmente sancionar aquellas conductas que atentan contra la información pública, con mayor razón debería darse un tratamiento punitivo para quienes hagan uso indebido de documentos reservados en perjuicio de la administración pública.

Por último, es oportuno señalar que el quantum punitivo que se propone no es extraño para el Honorable Congreso de la República, pues con ocasión del trámite de la Ley 1288 de 2009, ya se había advertido la existencia de un déficit regulatorio en la materia, frente a lo cual se establecieron esas penas para los delitos objeto de la modificación aquí propuesta. No obstante, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma por vicios de trámite, y posteriormente no se incluyó esta modificación legal en otras iniciativas legislativas o en el actual estatuto de inteligencia (Ley 1621 de 2013).

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-274 de 2013.

Artículo 3°. Adiciónese un inciso al artículo 290 de la Ley 599 de 2000, que contemple las circunstancias de agravación punitiva para la falsedad documental, el cual quedará así:

“*Artículo 290. Circunstancia de agravación punitiva.* La pena se aumentará hasta en la mitad para el copartícipe en la realización de cualesquiera de las conductas descritas en los artículos anteriores que usare el documento, salvo en el evento del artículo 289 de este Código.

Si la conducta recae sobre documentos relacionados con medios motorizados, la pena se incrementará en las tres cuartas partes.

Si la conducta recae sobre documentos públicos o privados relacionados con el sistema general de seguridad social, la pena será de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión”.

– Justificación del artículo

Algunos tipos penales protegen bienes jurídicos que tienen mayor entidad sobre otros, siendo este el fundamento de una graduación punitiva mayor. Este es el caso de los delitos contra la fe pública, pues en ellos se encuentra inmersa la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes. Precisamente, con los documentos se acredita algo y se facilitan las relaciones entre los asociados, por ello, a algunos se les da una connotación especial para garantizar tal crédito¹⁰.

Ahora bien, la construcción de este agravante toma mayor relevancia si se tiene en cuenta que se encuentra intrínsecamente ligado a conductas criminales que atentan contra el sistema general de seguridad social. En este caso está de por medio la protección de mandatos que son transversales al Estado Social de Derecho, por esa razón es fundamental que se sancionen las conductas criminales que busquen afectar la transparencia y eficiencia del sistema de seguridad social.

– Constitucionalidad de la norma

La norma propuesta no vulnera principios o derechos de orden constitucional. Por el contrario, la disposición cumple con los criterios señalados por la jurisprudencia, en la medida que la creación, modificación o supresión de normas penales debe ser el resultado de un juicio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. En ese contexto, se considera que las conductas criminales en las cuales esté de por medio la falsedad sobre documentos que tengan relevancia en términos de interés público, deben tener una sanción penal equivalente a la gravedad de la conducta.

Concretamente, la necesidad de la propuesta está fundamentada en la gravedad que supone alterar documentos que tienen relevancia en el

sistema general de seguridad social, pues debe recordarse que ese tipo de acciones criminales terminan afectando a sectores vulnerables de la población que requieren de los beneficios del sistema y afectan la sostenibilidad del mismo.

Artículo 4°. Adiciónese un artículo 325C a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“*Artículo 325 C. Omisión de reportes sobre operaciones sospechosas de corrupción.* Los abogados, 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), incurrirá 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”.

– Justificación del artículo

La Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de sus fines constitucionales y legales, debe enfrentarse periódicamente al accionar delictivo de complejas organizaciones y grupos criminales que disponen de la estructura, recursos y contactos necesarios, para evadir de manera efectiva la persecución del Estado. Esta situación se evidencia particularmente en la ejecución de delitos asociados con la corrupción, pues generalmente estos son el resultado de concertaciones y asociaciones de personas que prometen o acceden a cuantiosas sumas de dinero como retribución a su accionar delictivo.

En ocasiones ese tipo de conductas son conocidas por personas que con ocasión de su profesión u oficio tienen acceso a información privilegiada, y que por desconocimiento o falta de una norma que lo disponga, omiten denunciar esos hechos ante la autoridad competente. El artículo propuesto busca precisamente establecer una obligación legal para los profesionales que con mayor regularidad tienen conocimiento de operaciones sospechosas de corrupción o constitutivas de delitos contra la administración pública, y adicionalmente, precisa sanciones penales y disciplinarias a quien omita el cumplimiento de ese deber.

Este tema en particular tiene antecedentes legislativos y jurisprudenciales en el marco de la prevalencia del secreto profesional sobre el deber de denuncia que les asiste a todos los ciudadanos. Para el caso específico del revisor fiscal, el artículo 7° de la Ley 1474 de 2011 estableció como causal para cancelar la inscripción de un Contador Público la de “no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis meses siguientes a que haya conocido el hecho o tuviera la obligación legal de conocerlo,

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de marzo de 2011, Radicado 34.718.

actos de corrupción (sic). En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional”.

Este tema fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en contra del mismo artículo 7º, y frente a la cual se precisó lo siguiente:

“[E]n este sentido dijo expresamente la Corporación que la labor del revisor fiscal no se agota en la simple asesoría o conservación de expectativas privadas. La suya es “una tarea que involucra intereses que van más allá de la iniciativa particular y atañe, por tanto, a la estabilidad económica y social de la comunidad. Es pues natural que de tan importante papel se desprendan aún más importantes deberes, propios sí de todo ciudadano, pero que en cabeza de los revisores de la actividad social adquieren trascendencia impar. Por eso cuando se habla de la necesidad de poner en conocimiento de las autoridades aquellos hechos que afectan el normal desenvolvimiento de la sociedad mercantil y que en muchos casos pueden violar leyes vigentes, elevamos el ya referido principio de solidaridad del nivel de colaboración y complementación de la actividad estatal, al de verdadero control de la conducta social y defensa de los derechos jurídicamente reconocidos. No se trata entonces de una carga accesoria o secundaria, eventualmente exigible a algunos agentes, sino de la renovación del compromiso colectivo de la comunidad de cooperar efectiva y realmente con el Estado y contribuir a la eficacia de las garantías reconocidas por el derecho. Se evidencia aquí una característica fundamental de la estructura de nuestro Estado, a saber, que los principios de libertad, participación, solidaridad y buena fe, que definen los textos constitucionales, han de aplicarse no solo en el ámbito de los derechos y de lo que se espera de los demás, sino en el de los deberes, del comportamiento propio, del compromiso con la sociedad¹¹”.

Esta base jurídica sería extensiva para justificar la inclusión de los abogados y jefes de control interno, en cuanto son profesiones que tienen acceso privilegiado a la información que puede ser constitutiva de operaciones sospechosas o de ejecución de delitos contra la administración pública. En esa medida, la propuesta ratifica la importancia del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95 Superior, que en este caso cobra vigencia al entregar una herramienta efectiva a las autoridades para perseguir e investigar acciones que atenten contra los intereses estatales y colectivos protegidos en los tipos penales asociados a la corrupción.

– Constitucionalidad de la norma

Ya se anotó anteriormente que la propuesta contenida en el artículo en examen se fundamenta

parcialmente en la prevalencia del interés general sobre el particular. Hay razones para afirmar que cuando se trata de delitos contra la administración pública o hechos de corrupción en general, se están afectando intereses públicos medidos en términos de detrimento patrimonial y transparencia en la administración pública. Esa característica esencialmente sustenta la tesis de que en estos casos el secreto profesional no puede estar por encima del deber de denuncia de esa clase de acciones criminales.

Empero, es necesario precisar que la misma jurisprudencia ha establecido que en los casos donde se enfrente el secreto profesional con el deber de denuncia de delitos, no pueden operar reglas generales, sino que, deberá atenderse criterios de ponderación. Concretamente, la Corte Constitucional estableció frente al tema lo siguiente:

“[A]dicionalmente, esta interpretación reconoce que las causales de justificación o de exclusión de la responsabilidad como el Estado de necesidad permiten la solución de conflictos jurídicos, que de lo contrario presentarían soluciones inconstitucionales que deben ser rechazadas en una interpretación conforme a la Constitución. En este sentido, el abogado que en virtud de la relación profesional con su cliente ha conocido de la futura comisión de un delito se encuentra en una situación límite entre su sanción por la revelación del secreto y su condena por omisión de denuncia, omisión de socorro u comisión por omisión al no haber impedido la comisión del delito. En estos casos, no pueden formularse reglas generales, sino que debe atenderse a criterios particulares de ponderación propios del estado de necesidad¹²”.

Con fundamento en lo expuesto puede concluirse que la norma propuesta no está vulnerando principios o mandatos de orden constitucional, simplemente es el resultado de la libertad de configuración legislativa en materia penal, y adicionalmente, se está sosteniendo la línea jurisprudencial que sobre esta materia ha proferido la Corte Constitucional.

Artículo 5º. Modifíquese el artículo 326 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“*Artículo 326. Testaferrato.* Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, **de delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado**, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2012. Reiteración de los argumentos contenidos en la Sentencia C-062 de 1998.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 2012.

provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos y la multa será de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6.666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes”.

– Justificación del artículo

El tipo penal del testaferrato se encuentra asociado de manera muy fuerte a la actividad delictiva de las organizaciones criminales, de allí que si se pretende implementar una estrategia integral que permita enfrentar de manera oportuna y efectiva los delitos asociados a la corrupción, es lógico que también se modifique el tipo penal en cuestión. Hasta ahora el artículo 326 establecía que el testaferrato únicamente se predicaba del delito de narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos, pero con la adición de los delitos contra la administración pública se está ejecutando una política criminal efectiva que persigue uno de los principales eslabones de la cadena de corrupción.

Existen razones para afirmar que el testaferrato es un tipo penal cuyo eje principal es la adquisición a través de terceros de bienes con origen en actividades relacionadas con la corrupción. El derecho penal cobra vigencia en esta conducta en la medida que ese tercero está facilitando el incremento patrimonial de un individuo cuya labor está encaminada a la actividad delictiva. La Corte Constitucional retomó el concepto general de testaferrato precisando que: “(...) Se trata de un tipo de conducta permanente de sujeto indeterminado, caracterizado por el ingrediente normativo de adquirir bienes con origen en el narcotráfico, conducta que está vinculada con derechos y obligaciones de carácter económico y cuya incorporación al patrimonio impone la necesidad de establecer si es conforme o contrario a derecho, la relación jurídica a través de la cual se obtuvo el bien”¹³.

En suma, el fundamento del artículo se contrae a un tema de coherencia en materia de política criminal, en el sentido que un marco legislativo que pretenda enfrentar de manera eficaz la corrupción, necesariamente debe implementar sanciones para todos los actores que participen en la cadena delictiva. En el caso concreto el testaferrato es un eslabón que facilita la ejecución de estas conductas criminales, con el agravante que permite el incremento patrimonial de los responsables en detrimento del erario público.

– Constitucionalidad de la norma

Se mencionó líneas arriba que uno de los elementos fundamentales de la estricta legalidad en materia penal es que se cumpla con el principio de necesidad cuando se implementen nuevos tipos de delitos. En el caso concreto está demostrado que el testaferrato es una figura recurrente en los delitos contra la administración pública y por

ende en actos de corrupción, en ese sentido, es lógico que si los actos de corrupción normalmente conllevan acceder a importantes sumas de dinero o bienes de alto valor representativo, entonces forzosamente se requiere la colaboración de testaferros para no hacer evidente la operación frente a las autoridades.

Este argumento demuestra que es necesario extender el ámbito del tipo penal de testaferrato a los delitos contra la administración pública. Es una medida necesaria, proporcional y justificada en tanto su implementación está dirigida a combatir delitos cuyo bien jurídico tutelado es de alta importancia en el ordenamiento jurídico interno, a saber: el patrimonio público, la moralidad pública, la transparencia en la función pública, entre otros.

En el caso concreto la necesidad está materializada en implementar un marco normativo que sancione a todos los actores que participan de esta actividad criminal. La proporcionalidad está justificada en la medida que el testaferro tiene una responsabilidad directa y relevante en la ejecución de la conducta delictiva, facilitando a la vez el enriquecimiento del sujeto activo del delito.

Finalmente, cabe anotar que la modificación de la norma en comento no afecta principios o mandatos contenidos en la Constitución, y por el contrario, cumple con los requisitos establecidos para la estricta legalidad en materia penal.

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito de particulares, lavado de activos o testaferrato y conexos, Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, **o delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado**, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Cuando se trate de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando,

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-1107 de 2003.

favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

– Justificación del artículo

En materia de derecho penal cuando los delitos son ejecutados por asociaciones de personas cuya única finalidad es lograr un provecho ilícito, la ley penal ha establecido un tratamiento punitivo de pena de prisión de 48 a 108 meses. Ahora bien, cuando esa asociación de personas o concierto para delinquir involucra la ejecución de delitos especialmente graves, la misma ley penal ha contemplado un tratamiento punitivo equivalente, fijando una pena de prisión de 8 a 18 años de prisión y una multa entre 2.700 a 30.000 smmlv.

La propuesta contenida en el artículo está dirigida a incluir los delitos contra la administración pública y aquellos que afecten el patrimonio del Estado, dentro de la lista de conductas que típicas que agravan el concierto para delinquir. Las razones para establecer esa conclusión se contraen a que i) existe un alto número de delitos contra la administración pública que son ejecutados a través verdaderas empresas criminales, ii) el bien jurídico tutelado en estos delitos es de interés general, iii) la mayoría de delitos asociados a la corrupción se encuentran dentro del capítulo de los delitos contra la administración pública, y iv) los delitos en los cuales se afecte el patrimonio económico deben ser sancionados con penas equivalentes a la gravedad de la conducta, más aún si se tiene en cuenta que la pérdida de esos recursos afectan el funcionamiento del Estado y el cumplimiento de sus fines constitucionales.

– Constitucionalidad de la norma

La inclusión de los delitos contra la administración pública y aquellos que afecten el patrimonio estatal dentro de las conductas delictivas que tipifican el concierto para delinquir, no vulnera principios ni mandatos de orden constitucional. Por el contrario, cuando se trata de enfrentar de manera eficaz un fenómeno criminal tan complejo como la corrupción, es indispensable que se establezca un marco normativo que sancione de manera especialmente severa aquellas conductas que atenten contra los intereses y el patrimonio público, y esas conductas están contenidas principalmente en los delitos contra la administración pública.

Desde el punto de vista constitucional es claro que la administración pública exige el estricto cumplimiento de una serie de principios como el de moralidad, transparencia y eficiencia. En esa dirección, la ejecución de delitos en contra de la administración pública y el erario público atenta contra el cabal funcionamiento del Estado, la ejecución de sus programas, la seguridad ciudadana y el beneficio general de la colectividad. Debido

a lo anterior, deben ser sancionados penalmente de acuerdo con la gravedad de la conducta. Sobre este tema la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

“De esta manera, se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres (3) elementos constitutivos esenciales: “el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública”¹⁴.

El contenido de la propuesta normativa en examen cumple con los criterios generales establecidos en la jurisprudencia referida, y adicionalmente, incorpora como tipos de delitos sujetos a agravante aquellos que atenten contra la administración pública o afecten el patrimonio estatal.

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

“Artículo 390. Corrupción de sufragante. El que celebre contrato, condicione su perfección o prórroga, prometa, pague o entregue dinero o dádiva u ofrezca un beneficio particular o en favor de un tercero a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley con el propósito de sufragar por un determinado candidato, partido o corriente política, o para que lo haga en blanco, o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.

En igual pena incurrirá el sufragante que acepte la promesa, el dinero, la dádiva, el contrato, o beneficio particular con los fines señalados en el inciso primero.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

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, transporte, sumas de dinero en efectivo que para los efectos de este artículo determine la autoridad electoral, incurrirá en pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013.

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

– Justificación del artículo

En un Estado Social de Derecho el sistema democrático ocupa un lugar central dentro de la política pública. La jurisprudencia ha indicado que la efectividad de la participación democrática demanda la vigencia de reglas e instituciones que salvaguarden el pluralismo, la transparencia y la libertad de los ciudadanos, de manera tal que (i) se garantice, en condiciones de igualdad, la intervención en los procesos democráticos de todos los ciudadanos, grupos y organizaciones y (ii) se asegure que las manifestaciones de los ciudadanos en todos los mecanismos de participación sea completamente libre y, en consecuencia, genuina¹⁵.

Es claro que a través de la compra de votos, los delincuentes logran su propósito final de imponer sus candidatos y programas en jornadas electorales nacionales o regionales, sin embargo, ese objetivo –por regla general– implica que las organizaciones delictivas dispongan de altas sumas en efectivo en zonas aledañas a los puestos de votación.

Actualmente, los tipos penales concebidos en materia electoral solo operan en la medida que se materialice el constreñimiento o la amenaza a un individuo para que vote por un candidato o programa en particular, pero la novedad con el artículo propuesto consiste en que también se sanciona el solo hecho de portar o transportar altas sumas de dinero en periodos electorales y zonas aledañas a los puestos de votación, aunque estas no logren ser entregadas a las personas de manera efectiva. Sobre este tema la jurisprudencia ha expuesto lo siguiente:

“La creciente participación de grandes sumas de dinero en las campañas electorales conlleva grandes riesgos para la democracia. Estos riesgos se derivan de los intereses económicos de los diversos grupos que apoyan las candidaturas, que constituyen verdaderos grupos de presión que es necesario controlar con el fin de que no se desvirtúe la verdadera voluntad de los electores, por conducto de diferentes mecanismos de sugestión. La distorsión que la necesidad de financiación de los partidos genera en la democracia se evidencia desde la disputa por el cargo hasta el ejercicio del mismo”¹⁶.

– Constitucionalidad de la norma

Aunque el texto normativo en cuestión contiene elementos que lo distancian de la composición de la mayoría de tipos penales, eso no significa que vulnere principios o normas establecidas en la Constitución. En esa dirección el supuesto de

hecho relativo al porte, transporte o posesión de altas sumas de dinero en periodos electorales guarda simetría con los criterios de tipicidad desarrollados por la teoría del delito, y también cumple con los elementos sustanciales de la estricta legalidad. Esta afirmación encuentra respaldo en que la descripción normativa es concreta frente a los elementos sustanciales del tipo penal, a saber: i) sujeto activo calificado, ii) un nexo de causalidad entre la acción y el resultado, iii) un bien jurídico tutelado determinado (protección a los mecanismos de participación), y iv) fijación del lugar de la acción.

El contenido del artículo en examen es una manifestación concreta del principio de libertad de configuración legislativa en materia penal, en la medida que modifica un tipo penal a través de la ampliación del supuesto de hecho. En ese marco, la jurisprudencia ha reiterado la competencia que le asiste al Congreso para definir los delitos, las modalidades de la conducta punible, las causales de agravación y calificación del comportamiento, los eximentes de responsabilidad, las modalidades de participación, los ingredientes (objetivos y subjetivos) de cada tipo penal y, en general, la posibilidad de emplear diversas técnicas legislativas para prevenir y sancionar las conductas que ameriten el uso del *ius puniendi*¹⁷.

Artículo 8°. Modifíquese el artículo 396B de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 396B. Violación de límites de gastos de campaña y de aportes máximos de particulares a campañas. El gerente, candidato, administrador, o auditor de campañas electorales, que con ocasión de sus funciones recaude, invierta o gaste bienes y recursos que superen los toques máximos gastos fijados por la autoridad electoral, recauden o permitan aportes particulares que superen los límites individuales fijados por la legislación electoral, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, y multa equivalente al doble del monto excedido por la respectiva campaña.

En igual pena incurrirá el aportante particular que haga contribuciones o asuma gastos que superen los toques individuales fijados por la legislación electoral”.

– Justificación del artículo

El tema de los toques y aportes a campañas electorales ha sido uno de los principales objetivos de la formulación de la política criminal en época reciente. En efecto, la presencia continua de conductas criminales asociadas a los procesos electorales ha demostrado que la violación a los toques y gastos de campaña ocupa un lugar central dentro de los delitos que se ejecutan con mayor frecuencia. La explicación para este fenómeno es que a través del aporte de cuantiosas sumas de dinero se puede obtener una mayor renta política

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2015.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1153 de 2005.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2017.

que por lo general es derivada de actividades de corrupción. Un informe de la Misión de Observación Electoral sobre la política criminal en materia electoral concluyó, entre otros, lo siguiente:

“[L]a Fiscalía General de la Nación debe diseñar una política criminal que se compadezca con la criminalidad electoral que se presenta en el país. Asimismo, tanto la Fiscalía como el Gobierno deben trabajar en el desarrollo de estrategias para que la ciudadanía denuncie efectivamente las conductas que perciba. Estas estrategias deberían incluir un componente pedagógico para que la ciudadanía sea capaz de detectar con precisión las distintas manifestaciones de un delito electoral y estar basadas en el entendimiento que la carga de la prueba no se encuentra en cabeza del ciudadano denunciante, por más que su ayuda sea esencial para el proceso, sino de la institución”¹⁸.

Ahora bien, la cualificación de este tipo penal frente al sujeto activo obedece a los siguientes elementos: i) el gerente de campaña es quien tiene la responsabilidad principal de establecer los criterios y filtros para no violar los topes de las campañas y controlar los aportes de particulares, luego, su responsabilidad debe ser máxima respecto al tipo penal en examen; ii) aunque al candidato no se le pueda exigir la misma posición de garante que se predica del gerente, es claro que tampoco puede desconocer los temas centrales de su campaña, entre estos, la financiación y los aportes que provengan de particulares. Se debe entender que el candidato es el líder de la campaña y como tal debe tener un nivel de responsabilidad equivalente en cuanto a la sanción penal; iii) finalmente, en cuanto al tesorero y el auditor, se trata de profesionales que a partir de su experticia tienen el conocimiento, experiencia y acceso para prevenir, detectar, controlar y rechazar la violación a los topes de la campaña y en general los aportes de particulares. En ese sentido su responsabilidad debe ser máxima a partir del criterio de especialización.

– Constitucionalidad de la norma

La norma propuesta no trasgrede principios ni mandatos de orden constitucional. Principalmente, no afecta el debido proceso y la cualificación del sujeto activo no tiene injerencia en el núcleo esencial de los derechos fundamentales del individuo. En esencia este tipo penal es el resultado de la facultad de configuración legislativa que en materia penal tiene el Congreso de la República.

Por medio de esta atribución el legislador puede crear, adicionar, suprimir o modificar tipos penales de acuerdo con criterios de política criminal y, sobre todo, en cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Así las cosas, se

entiende que la modificación del tipo penal guarda coherencia con los fundamentos constitucionales que soportan el delito principal, y en ese contexto, la incorporación de sujetos activos cualificados apunta a extender el ámbito del tipo penal para proteger de manera más eficaz los bienes jurídicos tutelados en este caso. Sobre este tema la jurisprudencia precisó lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha explicado que el Congreso, como foro deliberativo y democrático por excelencia, cuenta con diversas posibilidades para fijar las reglas sustantivas y procesales en materia penal, escenario donde se proyecta con mayor amplitud el margen de configuración normativa del Legislador, que le permite el diseño, con un significativo grado de libertad, de asuntos como la tipificación de delitos, la dosificación punitiva y la definición de procedimientos que no fueron regulados directamente en la Constitución”¹⁹.

En el mismo sentido, la decisión de extender los efectos punitivos al particular que incurra en la conducta descrita en el tipo penal, es un efecto lógico en el propósito de sancionar a toda la cadena de sujetos que están comprometidos en la violación a los topes y aportes a las campañas electorales.

Artículo 9°. Créese un artículo 403B en la Ley 599 de 2000, que trata sobre las circunstancias de agravación punitiva en los delitos de peculado, el cual quedará así:

“Artículo 403B. Circunstancia de agravación en programas de infancia. Las penas previstas en los artículos del presente capítulo se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando las conductas recaigan sobre programas destinados a la infancia”.

– Justificación del artículo

El ordenamiento penal debe ocuparse efectivamente de garantizar los recursos públicos destinados a la población más vulnerable, en ese orden, se ha advertido dentro del curso de las investigaciones, que una constante de actos de corrupción está relacionada con la malversación y apropiación de los recursos destinados por el estado para la alimentación escolar.

En ese orden, estas circunstancias de agravación punitiva, comprenden de manera proporcional este fenómeno criminal.

Artículo 10. Adiciónese el artículo 407A a la Ley 906 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)

¹⁸ Misión de Observación Electoral (MOE) - Hacia una política criminal electoral: El reto de la justicia frente a la democracia. Junio de 2011, página 22. Ver en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08284.pdf>

¹⁹ Constitucional, Sentencia C-488 de 2009.

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”.

– Justificación del artículo

La disposición normativa propuesta crea un tipo penal denominado *cohecho por acto ilegal cumplido*. Mediante esta conducta delictiva se permite la persecución penal del servidor o ex servidor que, luego de haber realizado un acto ilegal, solicite o recibe, para sí o para otro, dinero o cualquier utilidad. Los actos ilegales a los que se refiere la norma sugerida son: (i) retardar u omitir un acto propio de su cargo o (ii) ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales. Asimismo, es pertinente indicar que para que la conducta delictiva propuesta se configure, no es necesario que haya existido promesa remuneratoria previa.

La importancia de este nuevo tipo penal radica en que, mediante el mismo, se penaliza una hipótesis de corrupción que, de conformidad con la legislación actual, no se adecúa a los tipos penales existentes de cohecho propio, impropio y por dar u ofrecer consagrados, respectivamente, en los artículos 405, 406 y 407 de la Ley 599 de 2000. Lo anterior, si se tiene en cuenta que, para que se configure la conducta delictiva propuesta, los verbos rectores del tipo penal, es decir, solicitar el dinero o la utilidad, debieron haberse ejecutado después de que el sujeto activo hubiese realizado el acto ilegal respectivo. Es decir, en este caso, contrario a lo que, por ejemplo, establece el tipo penal de cohecho propio, se penaliza al sujeto activo que incurrir en el verbo rector cuando el acto ilegal ya ha se ha realizado y no cuando se solicita o recibe el dinero u otra utilidad con el fin de incurrir en el mismo.

La constitucionalidad de este nuevo tipo penal se sustenta en el amplio margen de configuración con la que, en materia penal, cuenta el legislador. En ese sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que, de conformidad con el principio democrático y el de soberanía popular, “el legislador penal puede crear, modificar y suprimir figuras delictivas”²⁰. Lo anterior, tras valorar la importancia de diseñar la política criminal del Estado a partir de “la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal”²¹.

Pues bien, para el caso concreto, la tipificación de esta conducta atiende a la eficacia que el Estado debe imprimir a la efectiva persecución penal de los actos de corrupción. En últimas, con este nuevo tipo penal se reconoce que, aun cuando la legislación existente abarca un amplio listado de ese tipo de actuaciones, existen otras como

la consagrada en el tipo penal propuesto, que también conducen al desmedro del bien jurídico de la administración pública y que, en ese sentido, deben ser combatidas penalmente para evitar su impunidad.

Artículo 11. Créese un artículo 407B en la Ley 599 de 2000, que trata sobre las circunstancias de agravación del cohecho, el cual quedará así:

“Artículo 407A. *Circunstancias de agravación.* Las penas previstas para los delitos comprendidos en este capítulo se aumentarán en la mitad cuando el dinero, utilidad o promesa remuneratoria fuere superior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

– Justificación del artículo

El Capítulo III del Título XV de la Ley 599 de 2000, hace referencia a los tipos penales de cohecho dentro de la categoría de los delitos contra la administración pública. A su vez, la propuesta de crear una circunstancia de agravación para el cohecho propio, cohecho impropio y cohecho por dar u ofrecer, está dirigida a imponer una pena mayor cuando el dinero, utilidad o promesa remuneratoria sea superior a 50 smmlv.

Los diferentes tipos de cohecho, como injusto penal, hacen parte de las conductas que configuran la corrupción a gran escala. Su principal característica es que involucran a un servidor público y una promesa o dádiva para obtener un resultado a través de esa condición. Cuando se ejecutan cualquiera de los tipos penales de cohecho se trasgreden los principios de transparencia, moralidad pública y eficiencia, de allí que estos delitos comúnmente son sancionados de acuerdo con la gravedad de la conducta.

En el caso concreto, el agravante que se propone busca desestimular las acciones criminales para los tipos penales del cohecho, pues quien incurra en el supuesto allí previsto se expone al aumento de la mitad de la pena.

– Constitucionalidad de la norma

La propuesta de crear un agravante para los tipos penales de cohecho no desconoce principios o mandatos de orden constitucional. La construcción dogmática de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, y cohecho por dar u ofrecer, está soportada en la participación de un servidor público, y en la afectación, de manera directa, en la transparencia en la función pública, lo cual exige una sanción mayor de acuerdo con la gravedad de la conducta.

La propuesta de aumentar en la mitad la pena impuesta cuando haya remuneración superior a los 50 smmlv no trasgrede ningún tipo de garantía procesal, simplemente se está implementando un agravante que guarda simetría con la política criminal de crear un marco legal eficiente frente a las conductas penales relacionadas con la corrupción. De otra parte, conviene señalar que la creación de agravantes punitivos en materia penal hace parte de

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 2017.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 2017.

la libertad de configuración que en esta materia tiene el legislador, y que ha sido reiterada en múltiples ocasiones por parte de la jurisprudencia. Sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“En conclusión, el Legislador cuenta con un amplio margen de libertad de configuración normativa en materia penal, así como para establecer las penas, la forma de dosificarlas, sus agravantes y atenuantes. No obstante lo anterior, su facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales como son los principios de necesidad, de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de culpabilidad, de razonabilidad y proporcionalidad, así como las normas constitucionales y aquellas que forman el bloque de constitucionalidad, entre otros”²².

Es decir, el contenido jurídico de la norma en examen es el resultado de la libertad de configuración legislativa en materia penal, toda vez que esa facultad incluye la implementación de agravantes punitivos en la medida que estos estén soportados en un juicio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. En el caso concreto la necesidad se argumenta desde la obligación que le asiste al Estado de mantener una política criminal coherente, en la cual se establece el deber de implementar un marco legislativo que desestime este tipo de conductas criminales. En cuanto a la proporcionalidad es claro que el tipo penal propuesto se refiere a una conducta grave, que afecta la transparencia en el servicio público y el interés general, y en esa dirección el *quantum* punitivo propuesto es equivalente a esa condición.

Artículo 12. Modifíquese el artículo 408 del Código Penal, que trata sobre la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual quedará así:

“Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, 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.

En la misma pena incurrirá el contratista que intervenga en cualquiera de las conductas señaladas en este artículo”.

– Justificación del artículo

La propuesta contenida en este artículo se contrae a sancionar penalmente al servidor público

que en ejercicio de sus funciones intervenga en la **tramitación, aprobación o celebración** de un contrato con violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. El fundamento de esta inclusión es que la estructuración de un contrato es una fase propicia para la ejecución de actividades criminales en beneficio particular, y hasta ahora no existe precisión legal sobre si ese tipo de conductas son objeto de sanción penal.

De otra parte, la propuesta adiciona un inciso de acuerdo con el cual incurrirá en la pena establecida por la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el contratista que intervenga en cualquiera de las conductas allí señaladas. En consecuencia, el contenido del artículo es parte de la política criminal de implementación de medidas estratégicas para combatir los fenómenos delictivos asociados a la corrupción.

Lo anterior porque las acciones criminales que generan corrupción en materia de contratación pública están asociadas a una cadena cuyos eslabones están integrados por diversos actores. En ese sentido, cualquier estrategia de política criminal que esté orientada a promover políticas de prevención y reducción de estos delitos, debe abarcar no solo a los funcionarios públicos sino también a los contratistas que intervengan en la celebración de un contrato público con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Frente a este panorama la jurisprudencia de la Corte Constitucional²³ ha sostenido la tesis de que en los delitos relacionados con la contratación pública es admisible equiparar la responsabilidad del servidor público con la del particular que intervino en el hecho delictivo. De este modo se está cumpliendo con el principio superior de prevalencia del interés público y adicionalmente con el deber de los particulares de colaborar

²³ El Alto Tribunal en la Sentencia C-563 de 1998, estableció lo siguiente: “En contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016.

con el Estado en el cumplimiento de sus fines constitucionales. Aquí no solo está en juego la necesidad de implementar medidas legislativas necesarias para enfrentar el fenómeno criminal de la corrupción, sino también está de por medio el interés general y la protección de los recursos públicos. Sobre el tema la jurisprudencia precisó lo siguiente:

“[E]n este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente “disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, “introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”. La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la Ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción”²⁴.

Desde el punto de vista de la teoría del delito, la inclusión de un sujeto activo (contratista) diferente al de servidor público, tiene como fin esencial ampliar la esfera de responsabilidad personal en la conducta punible. Esta formulación pretende sancionar no solo a quien materializa la inhabilidad o incompatibilidad a partir de su condición jurídica calificada, sino también a quien motivado por un interés particular promueve o causa la consecución del delito.

– Constitucionalidad de la norma

La modificación propuesta a través de la adición de un inciso de acuerdo con el cual se establece la responsabilidad para el contratista que incurra en conductas que violen el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, no trasgrede la Constitución en cuanto no existe afectación de principios o derechos contenidos en la norma Superior. En efecto, la condición de contratista no origina una condición especial de protección que no permita su inclusión como sujeto activo en delitos asociados a la corrupción.

Además, la modificación del tipo penal no vulnera garantías o derechos vinculados al debido proceso. Tampoco origina presunciones que estén en contra de los postulados constitucionales sobre la materia. Se trata de una forma de tipo penal subordinado o complementado “para comprender los que refiriéndose a un tipo penal básico o especial, señalan determinados elementos o

aspectos que califican la conducta, los sujetos, o el objeto descritos en estos [...]”²⁵.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, y estableció:

“Así mismo, el artículo 56 del mismo estatuto señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Norma esta última que fuera declarada exequible por esta Corporación en la Sentencia C-543/98 en la que, empero, se precisó que el artículo referido asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; y que otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continuaba predicando por la Corporación con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria”²⁶.

Artículo 13. Modifíquese el artículo 410A del Código Penal, sobre acuerdos restrictivos de la competencia, el cual quedará así:

“Artículo 410A. Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en **cualquier etapa de un proceso de contratación estatal** se concertare con otro con el fin de alterar ilícita o **fraudulentamente** el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

En la misma pena incurrirá quien se concertare para los fines descritos en el inciso anterior en cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos”.

– Justificación del artículo

La modificación propuesta propende por alcanzar tres objetivos, a saber: i) extender el ámbito de acción del tipo penal a todas las etapas del proceso contractual; ii) tipificar las actividades fraudulentas que busquen alterar el proceso contractual; y iii) ampliar el tipo penal a la concertación ilícita o fraudulenta en procesos de contratación privada que involucren recursos públicos.

La justificación para extender el ámbito de acción del tipo penal a todas las etapas del proceso contractual, se fundamenta en que la

²⁵ Fernando Velásquez Velásquez – Derecho Penal parte general. Editorial Temis, tercera edición 1997. Página 400.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2009.

actual legislación en materia de contratación pública, incluye una etapa precontractual en la cual es posible que ocurran actividades ilícitas. En efecto, durante esta fase se elaboran los estudios previos que determinan *a posteriori* los requisitos jurídicos, técnicos y financieros sobre los cuales se evaluarán las propuestas, luego, puede ocurrir que por intereses particulares se busque influir desde un inicio en la fijación de estos criterios. Es allí donde se propone extender los efectos del tipo penal, de manera que se sancione efectivamente a quienes incurran en este delito.

En el mismo sentido, es importante señalar que también existe una etapa poscontractual, la cual se caracteriza porque comprende la ejecución del contrato, sus posibles prórrogas o adiciones y la liquidación cuando esta sea procedente. De acuerdo con lo anterior, es posible que durante esta fase se presenten conductas que atenten contra la transparencia del proceso, y en esa medida, es necesario que el tipo penal extienda sus efectos para quienes incurran en esa conducta.

Respecto a los argumentos que justifican la tipificación de las actividades fraudulentas en materia de contratación pública, es necesario precisar que se trata de una propuesta que busca materializar el principio de estricta legalidad exigible en materia legislativa. En efecto, la experiencia ha demostrado que hay una gran cantidad de conductas ilícitas en materia de contratación que son susceptibles de sanción penal. Sin embargo, en ocasiones, algunas actividades pueden considerarse como lícitas aunque tengan características fraudulentas. Un ejemplo de ello ocurre cuando dos o más empresas se concertan para presentar propuestas con valores prestablecidos que alteren la media aritmética con la cual se evaluarán las propuestas económicas. En este caso no hay una conducta ilícita en la medida que no está tipificado que dos o más empresas puedan fijar los valores de su oferta de manera autónoma, pero sí hay una conducta fraudulenta, en el sentido que el propósito final de esa concertación es afectar un criterio de evaluación que por regla general debe ser objetivo.

Surge entonces la necesidad de precisar que en ese tipo de casos también debe aplicarse el tipo penal, porque se está afectando la transparencia del proceso, la selección objetiva y la igualdad de oportunidades para quienes alleguen su propuesta dentro del proceso. La conducta fraudulenta en este caso merece un juicio de reproche, porque en definitiva compromete intereses particulares que afectan al Estado y a la misma colectividad.

Por último, el argumento que justifica ampliar el tipo penal a la concertación ilícita o fraudulenta en procesos de contratación privada que involucren recursos públicos, se refiere a un problema de interpretación normativa. Es claro que existen entidades que siendo de naturaleza jurídica privada y, por lo tanto, exentas de aplicar

las normas vigentes en materia de contratación pública, disponen de recursos públicos en materia de contratación. Bajo esta concepción, ocurre que algunas entidades al estar sujetas únicamente a las reglas de sus propios manuales de contratación, adelantan procesos de selección sin ningún criterio objetivo o reglas que permitan establecer factores de pluralidad o libre concurrencia. En ese sentido debe entenderse que, si bien es cierto que algunos entes que manejan recursos públicos no están sometidos a las normas previstas para la contratación pública, esto no significa que se puedan desconocer principios de objetividad que son transversales al ordenamiento jurídico. Es así como en estos casos también deben cumplirse los principios de transparencia, economía, eficiencia, selección objetiva, pluralidad, e igualdad²⁷. Sobre este tema la Corte Constitucional estableció el siguiente argumento:

“[E]ntonces, en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de “función administrativa” ya que conforme a la misma ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado, bien entendido que como lo señaló esta Corporación y ya se dio cuenta en esta misma providencia: “No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados”²⁸.

Cabe anotar que la jurisprudencia referida es aplicable al caso, en la medida que dentro del supuesto de hecho del apartado normativo objeto de análisis, se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado, los establecimientos públicos, y las Sociedades de Economía Mixta.

Como argumento final que justifica la propuesta normativa, es importante señalar que los delitos que atañen con la contratación pública se ejecutan a través de actos criminales que atienden intereses personales normalmente dirigidos a un incremento patrimonial injustificado, e incluso, esas conductas son el resultado de la operación de los llamados “carteles de la contratación”, figura por medio de la cual diversos empresarios de gremios específicos se concertan para asegurar la selección de uno de sus integrantes como adjudicatario de un proceso de contratación.

Esta práctica ha sido denominada como *colusión* en la contratación pública. La *colusión* entre oferentes tiene lugar cuando las empresas conspiran entre sí para aumentar los precios o

²⁷ Cfr. Consejo de Estado – Sección Tercera. Fallo del 24 de julio de 2013, Radicación: 25642.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-629 de 2003.

disminuir la calidad de bienes y servicios que son adquiridos por organizaciones públicas y privadas mediante un proceso de licitación, en lugar de que las empresas compitan auténticamente unas con otras para ganar una licitación²⁹. En un reciente informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia (OCDE)³⁰, se estableció el siguiente panorama frente al tema:

“[E]s ampliamente reconocido que las autoridades de contratación pública gubernamentales son victimizadas con frecuencia por compañías del sector privado mediante la colusión entre oferentes y otras actividades de fijación de precios. Esto se debe en parte al gran y estable volumen de adquisiciones realizadas por los gobiernos—la contratación pública de los grupos del Gobierno central colombiano suma hasta 15.8 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB), de Colombia, cifra algo por encima del promedio de 12.9 por ciento de los 34 países miembros de la OCDE. Hay más de 2.000 organizaciones del nivel nacional y subnacional del gobierno que adquieren bienes y servicios en Colombia”.

Con estas cifras es lógico que dentro de la política criminal del Estado colombiano se destaque el tema de la colusión en la contratación pública como uno de los ejes temáticos principales a la hora de implementar medidas normativas en contra de la corrupción. En ese contexto, la norma propuesta busca ampliar el espectro de sanción a quienes se concierten para materializar acuerdos restrictivos de la competencia. Esta construcción jurídica debería permitir un mayor control de las autoridades competentes sobre actos de corrupción en los procesos contractuales durante todas sus etapas e incursionar en la investigación de conductas sospechosas en procesos de contratación privada respaldados con recursos públicos.

– Constitucionalidad de la norma

El contenido de esta norma está relacionado directamente con lo dispuesto en el artículo 333 Superior, que establece la libre competencia en la actividad económica como un derecho transversal a toda la colectividad. Concretamente la norma señala:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

²⁹ Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia - Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. Competition committee, OCDE 2014. Página 9.

³⁰ Competition Committee, OCDE 2014.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la libre competencia se nutre de distintos componentes legales que lo hacen exigible incluso cuando se trata de procesos de contratación pública. El primero de ellos es el principio de igualdad, en virtud del cual todas las personas que cumplan con las condiciones establecidas para celebrar un determinado contrato pueden presentar oferta y ser evaluados en condiciones objetivas, de acuerdo con los criterios que previamente se hayan dispuesto para el efecto³¹.

El segundo componente se refiere a la limitación al ejercicio de la libertad económica cuando vaya en dirección contraria al interés general y a la responsabilidad social. En ese marco la jurisprudencia ha establecido que toda actividad económica debe ser compatible con los valores establecidos en la Constitución y, sobre todo, no vulnerar bienes jurídicos tutelados, tesis que cobra mayor fuerza cuando esa libertad económica se ejerce a través de la condición de contratista del Estado³².

Artículo 14. Créese un artículo 411A en la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 411A. Interés indebido en actuación administrativa. El servidor público que con

³¹ Sobre este tema la Corte Constitucional en la Sentencia C-595 de 2014, que estudió una demanda contra la Ley 1508 de 2012, “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, estableció: “Como ha indicado esta Corporación, la actividad contractual en el Estado es una modalidad de gestión pública regida, entre otros, por el principio de igualdad en virtud de los artículos 13 y 209 superiores. Esta garantía se manifiesta, por ejemplo, en la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y en que estas sean evaluadas según los mismos estándares objetivos”.

³² La Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010, estableció frente al tema los siguientes argumentos: “La Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares”.

propósitos económicos se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de actuación administrativa en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, 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”.

Justificación del artículo

Con la norma propuesta se busca sancionar las conductas dirigidas a favorecer intereses particulares por parte de servidores públicos. El aprovechamiento de la función pública para favorecer a particulares es un fenómeno que debe tener una respuesta contundente por parte de la administración de justicia.

Se ha identificado con mucha preocupación la manipulación, a manera de ejemplo, de planes de ordenamiento territorial para aumentar el valor de inmuebles.

La lucha con la corrupción debe ser integral, por esa razón se deben implementar medidas de todo tipo que atenten en contra de manera eficiente contra las distintas formas de corrupción. En esta modalidad, por lo general no se produce un detrimento al erario, sin embargo, se aprovecha de la función pública para favorecer a particulares. Esta sola forma de comportamiento merece una respuesta punitiva del Estado independientemente de los réditos que ello genere.

Artículo 15. Modifíquese el artículo 412 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

– Justificación del artículo

La propuesta de cambio incluye un agravante punitivo para los casos en los que el enriquecimiento ilícito supere los 100 smlmv. En estos eventos, la pena se aumentará en la mitad. Esta modificación responde a las amplias potestades del legislador para la configuración de la política criminal y la determinación de las penas para cada conducta punible. La Corte Constitucional ha sido constante en reiterar que en virtud de las facultades reconocidas por el artículo 150 de la Constitución, el órgano legislativo del Estado tiene un amplio

margen de discreción para señalar el rumbo del derecho penal, siempre que no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales y persigan fines constitucionalmente legítimos. En palabras del alto Tribunal:

“Los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución Política, establecen la cláusula general de competencia que atribuye al legislador la regulación en su totalidad de los procedimientos judiciales. Debido a ello, goza de un amplio margen de autonomía o libertad de configuración normativa para evaluar y definir sus etapas, características, términos, efectos y demás aspectos de las institucionales procesales en general, así como los poderes y deberes del juez, que han de orientar a las personas para que puedan ejercer de forma legítima sus derechos ante las autoridades públicas, en especial el debido proceso (artículo 29 de la CP) y el acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 de la CP), constituyéndose en reglas que consolidan la seguridad jurídica, la racionalidad, el equilibrio y finalidad de los procesos, y permiten desarrollar el principio de legalidad propio del Estado Social de Derecho”³³.

Ahora bien, el margen de configuración del legislador para establecer penas, agravantes y modalidades de comportamientos sancionados por el derecho es amplio mas no absoluto. En la misma medida que reconoce esta facultad del Congreso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los límites que se deben respetar a la hora de diseñar la normatividad penal, a saber:

“(i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; (ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; (iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas, y (iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C. P.) [citas omitidas]”³⁴.

La modificación propuesta atiende por completo estos límites. En primer lugar, busca proteger la moralidad pública que es uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional colombiano, a través del efecto disuasivo de un agravante punitivo para la conducta de enriquecimiento ilícito. En segundo lugar, no interfiere con ningún derecho fundamental. Todo lo contrario, la adición de este agravante se encamina a garantizar la efectividad de la administración de justicia frente a los actos de corrupción.

Por último, esta reforma normativa resulta razonable y proporcional en tanto que castiga con una mayor punibilidad una conducta que genera

³³ Corte Constitucional, C-233 de 2016.

³⁴ Corte Constitucional, C-250 de 2011.

un reproche social significativo: incrementar el patrimonio personal en detrimento de los recursos públicos. El agravante para el enriquecimiento ilícito responde al reproche moral generalizado frente a aquellas conductas que defraudan las expectativas de los ciudadanos de bien, sin que se vea afectado ningún derecho fundamental. Por estas razones, la modificación propuesta no genera ninguna sospecha de inconstitucionalidad.

Artículo 16. Modifíquese el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, que trata sobre las circunstancias de agravación punitiva del delito de prevaricato, el cual quedará así:

“Artículo 415. Circunstancia de agravación 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 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.

La pena se incrementará en la mitad cuando el sujeto activo haga parte de la rama judicial, administre justicia de manera permanente o transitoria, pertenezca al nivel directivo de una autoridad administrativa, o la conducta derive perjuicio del patrimonio del Estado”.

Artículo 17. Modifíquese el artículo 418 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 418. Revelación de secreto. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en pena de prisión de **tres (3) a cinco (5) años** y multa de veinte (20) a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por diez (10) años.

Si de la conducta resultare perjuicio, **la pena será de cinco (5) a ocho (8) años de prisión**, multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por diez (10) años”.

– Justificación del artículo

La modificación propuesta concretamente se dirige al aumento del *quántum* punitivo que actualmente establece el tipo penal. La redacción actual de la norma señala una pena de multa e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Adicionalmente, establece que si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

Con la reforma se propone implementar una pena de prisión entre 3 y 5 años para el tipo penal

básico, y de 5 a 8 años si este genera perjuicio. La sustentación de esta iniciativa se fundamenta en la gravedad de la conducta criminal y a que en derecho comparado el tipo penal recibe un tratamiento punitivo de pena de prisión equivalente al propuesto. Por ejemplo, el Código Penal español establece en su artículo 598 lo siguiente:

“El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

De igual manera el Código Penal alemán establece frente a la comisión de este tipo de conducta:

“95. Revelación de secretos de Estado

Quien permita que un secreto de Estado, que es mantenido en secreto por una entidad oficial o por orden de ella llegue a una persona no autorizada o lo haga conocer públicamente y con ello origine el peligro de una grave desventaja para la República Federal de Alemania será castigado con pena de privación de la libertad de seis meses hasta cinco años, cuando el hecho no esté amenazado con castigo en el § 94.

En casos especialmente graves el castigo será de pena privativa de la libertad de un año hasta diez años. Se debe aplicar el § 94, inciso 2º”.

Con fundamento en estos dos ejemplos se puede concluir que a partir de la experiencia en derecho comparado, es viable sancionar con pena de prisión este tipo de conducta criminal. Incluso se ratifica la posibilidad de establecer agravantes cuando se afectan bienes jurídicos tutelados de interés general como sucede en el caso concreto.

– Constitucionalidad de la norma

Desde el punto de vista constitucional la propuesta normativa pretende proteger el interés público a través de la imposición de una sanción penal a quienes en ejercicio de la función pública divulguen documentos o información reservada.

Además, la estructuración del artículo cumple con los criterios de necesidad y proporcionalidad que deben cumplirse cuando se trata de tipos penales, es decir, el *quántum* punitivo propuesto guarda simetría con la gravedad de la conducta. Sobre este tema la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

“De acuerdo a los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. En ese orden de ideas, la Corte ha manifestado que si bien existe un margen amplio de configuración normativa del Legislador, la misma se encuentra

limitada particularmente por los principios de racionalidad y proporcionalidad. En ese sentido: “Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho de que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales”³⁵.

Por último, como se indicó anteriormente, el *quántum* punitivo que se propone no es extraño para el honorable Congreso de la República, pues con ocasión del trámite de la Ley 1288 de 2009, ya se había advertido la existencia de un déficit regulatorio en la materia, frente a lo cual se establecieron esas penas para los delitos objeto de la modificación aquí propuesta. No obstante, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma por vicios de trámite, y posteriormente no se incluyó esta modificación legal en otras iniciativas legislativas o en el actual estatuto de inteligencia (Ley 1621 de 2013).

Artículo 18. Modifíquese el artículo 419 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 419. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.** El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, **incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años y pérdida del empleo o cargo público**, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor”.

– Justificación del artículo

La estructuración de este artículo está fundamentada en la necesidad de sancionar con una mayor pena, al servidor público que utilice en beneficio propio o ajeno información o descubrimiento científico del que tenga conocimiento en ejercicio de sus funciones. Se está contemplando principalmente que con esta conducta criminal se afecta el interés público y adicionalmente se expone al Estado a posibles demandas por los perjuicios que se deriven del tratamiento ilegal de esa información. Adicionalmente, se está contemplando una consecuencia accesoria a la pena principal, que consiste en la pérdida del empleo o cargo público.

Constitucionalidad de la norma:

Desde el punto de vista constitucional la propuesta normativa no afecta principios o mandatos de orden constitucional. Por el contrario, el contenido jurídico del artículo en examen es consecuencia de la libertad de configuración legislativa en materia penal, que permite modificar tipos penales cuando existen razones de política criminal que lo justifiquen.

Finalmente, se reitera que el *quántum* punitivo que se propone ya fue objeto de debate por parte del Congreso de la República con ocasión del trámite de la Ley 1288 de 2009, concluyendo que efectivamente era necesario incrementar la punibilidad de este tipo de actividades criminales. No obstante, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma por vicios de trámite y, posteriormente, no se incluyó esta modificación legal en otras iniciativas legislativas o en el actual estatuto de inteligencia (Ley 1621 de 2013).

Artículo 19. Modifíquese el artículo 420 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 420. Utilización indebida de información oficial privilegiada.** El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea esta persona natural o jurídica, **incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho años y pérdida del empleo o cargo público**”.

– Justificación del artículo

Esta propuesta modifica la consecuencia del tipo penal pasando de multa y pérdida del empleo o cargo público, a pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años y pérdida del empleo o cargo público.

La razón fundamental para proceder en tal sentido es que el bien jurídico tutelado y el interés general que está contenido en la norma, exigen una sanción penal mayor para quienes incurran en el delito. En esa dirección –según se indicó en anterior apartado–, en regímenes penales comparados como el alemán y el español, conductas similares son sancionadas con penas de prisión por el mismo número de años, lo cual es un indicativo de que la gravedad de la conducta no puede generar una sanción menor.

– Constitucionalidad de la norma

La propuesta normativa no vulnera principios o mandatos de orden constitucional. Por el contrario, busca proteger el interés público como valor supremo del Estado Social de Derecho. En el mismo sentido, el aumento del *quántum* punitivo cumple con los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que deben

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016.

contener los tipos penales, de tal manera que se puede afirmar que existe simetría entre la gravedad de la conducta y la sanción penal propuesta.

Para terminar, se reitera el argumento de que el Congreso de la República ya había debatido este tema con ocasión del trámite de la Ley 1288 de 2009, posteriormente declarada inconstitucional por vicios de trámite.

Artículo 20. Modifíquese el artículo 422 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 422. Favorecimiento electoral. El servidor público que utilice la investidura, función o los recursos públicos con la finalidad de favorecer electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de diez mil (10.000) a veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

– Justificación del artículo

La adición que se plantea contempla un nuevo tipo penal que pretende proteger el bien jurídico de la administración pública, mediante el castigo con pena de prisión y multa contra aquellos servidores que utilicen los privilegios de su posición o empleo para favorecer a algún candidato, movimiento o partido en una contienda electoral. La tipificación de esta conducta se encuentra dentro de la órbita del margen de configuración del legislador en los términos que ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“Determinadas conductas, que afectan a bienes jurídicos especialmente valiosos, deben ser criminalizadas, como ocurre, por ejemplo, con las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, que se concretan en delitos como el genocidio, la tortura, el reclutamiento de menores, las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas [cita omitida]. Otras conductas, que afectan a bienes jurídicos considerados como menos valiosos o de menor significación, no deben ser criminalizadas, como puede ocurrir, por ejemplo, con la “prisión por deudas” [cita omitida]. Entre estos extremos hipotéticos, puede haber conductas que afecten bienes valiosos respecto de las cuales la Constitución y los Tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad no prevean ni el deber ni la prohibición de criminalizarlas. Respecto de estas conductas el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción y las modalidades y la cuantía de la pena [cita omitida]”³⁶.

La conducta que se tipifica a través de este proyecto de ley corresponde a aquellas respecto de las cuales no existe ninguna determinación de la Constitución y el bloque de constitucionalidad

acerca del deber o la prohibición de su criminalización. Por consiguiente, el legislador cuenta con una amplia discrecionalidad para penalizar la conducta de favorecimiento electoral debido al impacto social que tiene esta conducta respecto del bien jurídico protegido: la administración pública. De allí que la nueva disposición no tenga ningún vicio de inconstitucionalidad.

Artículo 21. Modifíquese el artículo 431 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 431. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública. El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, información obtenida en calidad de tal y que no sea objeto de conocimiento público, **incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años”.**

– Justificación del artículo

Este artículo implica un recrudescimiento del reproche penal frente al uso indebido de la información obtenida en el ejercicio de funciones públicas. La disposición anterior sólo contemplaba una multa para esta conducta. La modificación propuesta establece una pena de prisión mínima de 5 y una máxima de 8 años. Dicha modificación se enmarca dentro del amplio margen de configuración del legislador. Por esta razón, este cambio normativo no supone ninguna incompatibilidad con la Constitución.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el legislador cuenta con una discrecionalidad extendida en materia de derecho penal y política criminal dado que la Carta Política de 1991 le otorga competencias para regular tales asuntos, en los términos del artículo 150 Superior. Es así como:

“[L]a competencia para regular la política criminal del Estado, es amplia, e incluye la facultad del legislador para crear, modificar o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, y fijar la clase y magnitud de las penas de acuerdo con criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados. Igualmente, le permite consagrar los regímenes para el juzgamiento y tratamiento de los delitos y contravenciones, definiendo en ellos las reglas de procedimiento aplicables de acuerdo con las garantías del debido proceso”³⁷.

Sin embargo, este amplio margen de configuración no es absoluto y tiene límites constitucionales. Estos límites apuntan al respeto de los derechos fundamentales y los valores esenciales del ordenamiento jurídico colombiano. Así, la dignidad humana es una frontera infranqueable de parte del legislador y

³⁶ Corte Constitucional, C-239 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo.

³⁷ Corte Constitucional, C-468 de 2009, M. P. Gabriel Mendoza Martelo.

cualquier configuración normativa en materia punitiva, lo que incluye la graduación de penas, debe estar sujeto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³⁸.

Este tipo penal y las penas establecidas como sanción para tal conducta se ajustan a dichos criterios. La Corte ya tuvo oportunidad de revisar la constitucionalidad de este tipo por violación del principio de igualdad. Al desarrollar su examen, la Corte determinó que la penalización de esta conducta es compatible con los mandatos constitucionales y no comporta ninguna vulneración del valor, principio y derecho a la igualdad. En palabras de la Corte:

“La norma comporta entonces varios presupuestos que resulta importante destacar i) el bien jurídico que pretende proteger es la administración pública, ii) está dirigida específicamente a quienes se hayan desempeñado como servidores públicos durante el año inmediatamente anterior a la comisión de la conducta que se sanciona, iii) lo que se sanciona es la utilización en provecho propio o de un tercero de la información obtenida durante el año anterior en calidad de servidor público, iv) y ello en tanto la información no sea objeto de conocimiento público. [...] // En ese orden de ideas, es claramente improcedente exigir el mismo tratamiento jurídico frente a supuestos de hecho diversos y, por tanto, ninguna vulneración del principio de igualdad cabe predicarse respecto de la tipificación efectuada por el Legislador del delito de *“Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública”*, pues ni siquiera los supuestos planteados por el actor resultan comparables.

A ello cabe agregar que en sí mismo el límite temporal establecido en la norma se enmarca dentro de la potestad de configuración que la Constitución reconoce al Legislador para determinar la política criminal y, en este sentido, para penalizar o no determinadas conductas de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan causar a los bienes jurídicos que se buscan proteger acudiendo a la sanción penal³⁹ y en este caso específicamente al bien jurídico de administración pública⁴⁰.

Pues bien, lo único que hace esta reforma es cambiar la sanción y eliminar la restricción temporal: de multa a pena de prisión, lo cual convierte en un delito investigable de oficio lo que antes era una conducta querellable y la justificación de ello viene dado por el bien jurídico protegido y el amplio margen de configuración

del legislador para establecer la política criminal. Esta modificación atiende los principios y fines del Estado como lo son la justicia y la igualdad en tanto contempla pena de prisión para aquellos servidores públicos que abusen de su posición y utilicen información que no es de conocimiento público para provecho propio o de un tercero⁴¹.

Esta modificación es adecuada en relación con los fines constitucionales de salvaguardar la administración pública, por cuanto la sanción tiene efectos disuasorios frente a aquellos funcionarios que intenten usufructuar la información a la que accedieron por su condición de empleados estatales. Además, la sanción es necesaria en la medida que no existe una alternativa más eficiente que posibilite alcanzar una protección óptima del bien jurídico respectivo. Por último, la pena de prisión que se introduce es proporcional y razonable en tanto que no interfiere intensamente con el derecho fundamental a la libertad y supone una intervención leve de esta garantía constitucional. En consecuencia, debe concluirse que la reforma en este punto no riñe con la Constitución.

Por último, se reitera el argumento citado en anterior oportunidad, en el sentido de que el *quántum* punitivo fijado para esta clase de conductas ya fue objeto de análisis por parte del Congreso de la República, concluyendo que efectivamente era necesario incrementar la sanción para esta clase de delitos.

Artículo 22. Modifíquese el artículo 441 de la Ley 599 de 2000, que trata sobre la omisión de denuncia de particular, el cual quedará así:

“Artículo 441. Omisión de denuncia de particular. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, **delitos contra la administración pública contemplados en el Título XV, Capítulos I al VII, de este libro**, y cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años”.

– Justificación del artículo

En la omisión de denuncia de particular participan elementos de la teoría del delito que se asocian más al deber de colaboración con el Estado en la sanción de conductas criminales.

³⁸ Corte Constitucional, C-227 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ Corte Constitucional, C-013 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁰ Corte Constitucional, C-475 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴¹ Corte Constitucional, C-496 de 2015, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

Hay un reproche sobre la omisión de denunciar delitos sobre los cuales se tiene conocimiento, y que el Estado en cumplimiento de sus fines constitucionales tiene la obligación de investigar, judicializar y sancionar. Pero además el tipo penal en comento está enfocado solo en cierto tipo de delitos como el genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio o secuestro, lo cual da cuenta del tipo de bienes jurídicos tutelados que se están protegiendo.

La propuesta únicamente modifica la norma incorporando el deber de denuncia en los delitos contra la administración pública contemplados en el Título XV del Código Penal. La razón para haber considerado esta propuesta obedece a que son múltiples los delitos asociados a la corrupción, sobre los cuales los particulares tienen conocimiento y no denuncian por simple desinterés. En este caso se exige de los particulares una conducta específica que está orientada a proteger la eficaz y recta administración de justicia, la transparencia en la función pública y los recursos presupuestales.

– Constitucionalidad de la norma propuesta

El tipo penal de omisión del deber de denuncia de particular no encuentra una fuente constitucional específica. Simplemente surge como desarrollo del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95 Superior que impone a los ciudadanos el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Sobre este tema la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

“Lo primero que se advierte es que el texto constitucional no contiene una previsión expresa sobre el deber general de declarar, ni sobre el deber de denunciar los delitos de cuya comisión se tenga conocimiento, ni siquiera cuando la víctima es un niño. No obstante, con fundamento en los artículos 95.2 y 95.7 de la Carta Política, que consagran el principio de solidaridad social[31], así como el deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia[32], y con base en los derechos fundamentales que se materializan a través del sistema de justicia y en los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, el artículo 67 de la Ley 906 de 2004 determinó que toda persona tiene la responsabilidad de “denunciar los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio”. Se trata entonces de una exigencia de orden legal que tiene fundamento en diversos principios constitucionales”⁴².

Sobre esta concepción de orden constitucional se puede afirmar que la norma propuesta no contradice ningún principio o mandato superior. Tampoco atenta contra el derecho al debido proceso o la presunción de inocencia. Es ante todo una medida legislativa que busca fortalecer la estrategia de política criminal dirigida a priorizar

la persecución, investigación y judicialización de los delitos asociados a la corrupción, y cuya empresa es más difícil sin la colaboración efectiva del ciudadano a través de la denuncia de los hechos sobre los cuales tenga conocimiento. Algunos pronunciamientos de la Corte han enfatizado sobre este argumento en los siguientes términos:

“[L]a tipificación como hecho punible de la omisión de denuncia o noticia a la autoridad competente de la comisión de un delito perseguible de oficio, se aprecia como una medida que impone a las personas un deber que busca hacer conocer de la autoridad los hechos delictuosos con el fin de que se desarrolle la necesaria actuación estatal requerida para su investigación y juzgamiento. Dicha obligación, tiene su sustento en los deberes constitucionales que tienen los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia y obrar conforme al principio de solidaridad. Es obvio, que al deber que tienen las autoridades de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, que en gran parte se logra con la investigación y sanción de los delitos que lesionan sus bienes jurídicos y los de la sociedad en general, necesariamente debe corresponder el correlativo deber de dichas personas de colaboración con las autoridades, mediante la oportuna y eficaz denuncia de los hechos delictuosos”⁴³.

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”.

Justificación del artículo.

La corrupción en la administración de justicia y en actuaciones procesales ha generado un foco de fraude que debe ser reivindicado a través de drásticas medidas que permitan la transparencia en todas las fases que componen los esquemas procesales.

Además de decisiones que contravienen las disposiciones legales, se utilizan maniobras fraudulentas que sirven a los propósitos delictivos de los corruptos, pues la complejidad procesal se presta para que sus fases, solemnidades y presupuestos, sean aprovechadas con fines ilícitos que amenazan la administración pública y adicionalmente la recta y eficaz impartición de justicia.

Con frecuencia se advierten modalidades como la destrucción o pérdida de expedientes, el retardo fraudulento de notificaciones, el ocultamiento de

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 1996.

expedientes, entre muchas otras conductas que con propósitos perversos afectan el curso normal de las actuaciones procesales y lesionan la función de administrar justicia.

Es necesario cerrar el cerco de la corrupción en las actuaciones procesales para de una vez por todas limpiar la justicia y lograr la transparencia que la sociedad reclama en el marco de las actuaciones que se surten en todo tipo de actuaciones.

Artículo 24. Modifíquese el artículo 446 del C. P. que trata sobre el favorecimiento, el cual quedaría con un agravante, así:

“*Artículo 446. Favorecimiento.* El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, **lavado de activos, testaferrato**, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Cuando el favorecimiento consista en la prestación de servicios profesionales o de asesoría para evitar la identificación, rastreo o ubicación de dinero, bienes o rentas provenientes de actividades ilícitas las penas previstas en este artículo se aumentará en la mitad del mínimo”.

– Justificación del artículo

Como se mencionó al comienzo de este documento, cualquier marco normativo que pretenda enfrentar de manera efectiva el fenómeno de la corrupción, debe necesariamente abarcar los diversos escenarios en los cuales se materializan los delitos asociados a este fenómeno. Uno de estos escenarios ya fue analizado en anterior apartado, a propósito de la omisión del deber de denuncia de particular, concluyendo en líneas generales que su justificación deriva del principio de solidaridad establecido en la Constitución y también en que los bienes jurídicos protegidos son de tal entidad que ameritan sancionar penalmente a quien tenga información sobre conductas que los pongan en peligro y no lo denuncien.

Con el artículo objeto de análisis lo que se hace es ampliar el ámbito de acción del tipo penal, en cuanto se incluye como forma de favorecimiento la prestación de servicios profesionales o de asesoría para evitar la identificación, rastreo o ubicación de dinero, bienes o rentas provenientes de actividades ilícitas. Hasta ahora el tipo penal únicamente contemplaba el favorecimiento como el conocimiento del hecho sumado a la ayuda para eludir la acción del Estado, pero no contemplaba la hipótesis de que ese favorecimiento se realizara

a través de la prestación de servicios profesionales o de asesoría, conducta que en los últimos tiempos se ha identificado como muy común cuando se trata de organizaciones o carteles de corrupción.

– Constitucionalidad de la norma propuesta

Con la propuesta normativa no se está vulnerando ningún derecho o mandato establecido en la Constitución. Menos aún se está trasgrediendo el artículo 26 Superior que establece la libertad de escoger profesión u oficio y de manera concomitante el artículo 25 que consagra el derecho al trabajo. La razón para esta afirmación se debe a que aun tratándose del derecho al trabajo o el derecho a escoger profesión u oficio, la misma norma superior establece que se debe cumplir con los reglamentos y prohibiciones asociados a la actividad profesional.

El derecho al trabajo no admite la realización de actividades contrarias al ordenamiento jurídico, pues en este caso surge una tensión valorativa con varios derechos contenidos en la Constitución que promueven la protección de las personas y la materialización de los derechos y deberes del conglomerado social. Sobre el tema la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

“En este punto resulta importante destacar que el derecho al trabajo como todos los derechos constitucionales no tiene carácter absoluto. Dada su coexistencia con otros preceptos de la Carta, resulta inevitable que en casos concretos el trabajo entre en tensión valorativa con otros mandatos de rango constitucional. En tales tensiones resulta indudable que el derecho deba ceder, pues de lo contrario, sacrificaría sin más los restantes contenidos del ordenamiento jurídico, en este orden de ideas cabe advertir la necesidad de restricciones. En suma, nada de extraño tiene la presencia de limitaciones a un derecho, en este caso al derecho al trabajo”⁴⁴.

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”.

Justificación

La corrupción en la administración de justicia y en actuaciones procesales ha generado un foco de fraude que debe ser reivindicado a través de drásticas medidas que permitan la transparencia en todas las fases que componen los esquemas procesales.

Además de decisiones que contravienen las disposiciones legales, se utilizan maniobras fraudulentas que sirven a los propósitos delictivos de los corruptos, pues la complejidad procesal se presta para que sus fases, solemnidades y

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-969 de 2012.

presupuestos, sean aprovechadas con fines ilícitos que amenazan la administración pública y adicionalmente la recta y eficaz impartición de justicia.

Con frecuencia se advierten modalidades como la destrucción o pérdida de expedientes, el retardo fraudulento de notificaciones, el ocultamiento de expedientes, entre muchas otras conductas que con propósitos perversos afectan el curso normal de las actuaciones procesales y lesionan la función de administrar justicia.

Es necesario cerrar el cerco de la corrupción en las actuaciones procesales para de una vez por todas limpiar la justicia y lograr la transparencia que la sociedad reclama en el marco de las actuaciones que se surten en todo tipo de actuaciones.

CAPÍTULO 2

Medidas procesales para combatir la corrupción

Artículo 26. Modifíquese el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, que trata sobre la competencia de los jueces de control de garantías, los cuales quedarán así:

“*Artículo 39. De la función de control de garantías.* La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal, **los cuales tendrán competencia en todo el territorio nacional.** El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.

Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y solo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, el del municipio más próximo.

Parágrafo 1°. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Parágrafo 2°. Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces municipales, un número determinado y proporcional de jueces ejercerán exclusivamente la función de control de garantías, de acuerdo con la distribución y organización dispuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o de los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta.

Parágrafo 3°. Habrá jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde solo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de

transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación o en los que exista problemas de seguridad de los funcionarios.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, autorizará, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta, su desplazamiento y su seguridad.

Parágrafo 4°. Las solicitudes de revocatoria, libertad o sustitución de medida de aseguramiento solo podrán ser presentadas ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación y donde se presentó o deba presentarse el escrito de acusación”.

– Justificación del artículo

La modificación introducida en el primer inciso del artículo *sub examine* busca dotar de mayor claridad a los operadores jurídicos respecto del alcance de las competencias de los jueces de control de garantías, pues a pesar de que con la reforma incorporada por la Ley 1453 de 2011 se advirtió que la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier Juez Penal Municipal, persisten las inquietudes respecto de si para el desarrollo de dicha labor debe mediar algún factor de competencia territorial.

La norma propuesta no deja lugar a dudas, los jueces de control de garantías tienen competencia en todo el territorio nacional, por lo que para asumir el desarrollo de sus competencias constitucionales no debe mediar ningún tipo de motivación o justificación especial por las partes, salvo la prevista en el parágrafo 4° del mismo artículo, que también se adiciona en el presente proyecto de ley.

Respecto de esta última propuesta normativa, debe señalarse que la misma tiene su génesis en la conducta reiterada de los procesados y sus abogados de solicitar la intervención del juez de control de garantías de una ciudad o municipio diferente a donde está cursando el proceso como tal. Los móviles para esa conducta normalmente están asociados a intereses personales que no respetan la transparencia de la actuación y la recta administración de justicia.

Los fundamentos jurídicos para proponer la norma en estudio son los siguientes: i) mayor transparencia en la administración de justicia, ii) cumplir con los principios procesales de celeridad, economía y eficiencia, iii) facilitar la recopilación y el análisis de los distintos medios de prueba, y iv) evitar dilaciones procesales injustificadas.

– Constitucionalidad de la norma

En materia constitucional se ha destacado la importancia de respetar las garantías procesales establecidas en la Constitución y en la ley. Sin embargo, cabe recordar que esa obligación no

solo está dirigida a favorecer los intereses de los procesados, sino también a fortalecer la oportuna y efectiva administración de justicia.

De acuerdo con este argumento, la facultad de los procesados o sus abogados defensores de solicitar el concurso de jueces de garantías de ciudades o municipios distintos al lugar donde cursa el proceso, no es una manifestación positiva de la protección al debido constitucional. Por el contrario, constituye una posibilidad de generar prácticas corruptas y contrarias a la transparencia del proceso, que afectan al Estado y su deber de aplicar una recta administración de justicia.

Adicionalmente, la propuesta normativa respalda principios superiores en materia procesal como lo son la celeridad, la economía, eficiencia y concentración. Sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“En este sentido, los límites establecidos en la Constitución para la legislación en materia de procedimiento y probatoria, se ven desde una perspectiva positiva y otra negativa: la necesidad de garantizar el cumplimiento de determinados propósitos u objetivos constitucionales y la prohibición de transgredir principios o derechos superiores. Lo anterior implica que se deje a la voluntad del legislador el señalamiento de: (i) los medios probatorios dentro del proceso, (ii) los requisitos y ritualidades de su práctica, (iii) las exigencias procesales para aportarlos y (iv) los principios a los cuales se somete su valoración, lo que no implica la concesión de un permiso para desconocer principios o normativa superior”⁴⁵.

Artículo 27. Adiciónese un artículo 85A a 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 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”.

– Justificación del artículo

El artículo propuesto se ubica dentro del Capítulo II del Título II del Código de Procedimiento Penal relativo a las disposiciones generales sobre la acción penal y sobre el comiso, en particular. La finalidad de esta nueva formulación es dotar a los fiscales y jueces de nuevas y óptimas herramientas para enfrentar los delitos contra la administración pública o el patrimonio del Estado. Se trata de una suerte de medida cautelar para evitar que se concrete un daño real y efectivo contra el Tesoro, a través de la suspensión de los desembolsos de

pagos o giros respecto de los cuales “se tengan motivos fundados” de que podrían repercutir en un detrimento patrimonial del Estado.

La nueva disposición requiere que existan “motivos fundados” para proceder con la suspensión de pagos o giros de recursos públicos. Estos motivos pretenden reducir el margen de discrecionalidad a la hora de adoptar la medida, de tal forma que no se afecte el desarrollo normal de las actividades, compromisos y funciones estatales. Los motivos fundados deben, en primer lugar, ser verificados por el fiscal del caso antes de elevar la solicitud. En segundo lugar, el juez de control de garantías debe establecer si, en efecto, dichos motivos se encuentran fundados en razones y elementos probatorios de peso. Una vez cumplidos estos dos controles la medida podrá efectuarse. La finalidad constitucional es proteger el patrimonio del Estado colombiano ante los fenómenos crecientes de corrupción que afectan la administración pública.

La medida propuesta se ajusta con los dictados constitucionales. La Carta Fundamental consagra como un deber de la Fiscalía General de la Nación la garantía de los derechos de las víctimas. En este caso, la víctima es el propio Estado y el mandato constitucional obliga a la Fiscalía a adoptar las medidas necesarias para su protección y reparación ante la realización de conductas punibles que lo afecten. La jurisprudencia constitucional ha entendido que las medidas cautelares sobre bienes o activos dentro del procedimiento penal son pertinentes para garantizar el restablecimiento de los derechos transgredidos con el delito cometido. Sobre este tema, la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la medida de suspensión de personería jurídica, consagrada en el artículo 65 de la Ley 600 de 2000, la Corte Constitucional señaló que:

“[L]as medidas preventivas consagradas en la norma acusada, buscan la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, consistente en proteger los derechos de la sociedad de las actuaciones delictivas que se vienen realizando por medio de personas jurídicas, sociedades u organizaciones, o sus locales o establecimientos abiertos al público, pues al paralizarse dicha conducta punible, se impide que el hecho delictivo se siga prolongando en el tiempo y continúe afectando bienes jurídicos que la Constitución ha querido proteger, procurándose de tal manera el restablecimiento del derecho y el cumplimiento por parte del Estado de los deberes constitucionales de protección, en los términos del artículo 2º de la Carta Política”⁴⁶.

En la misma línea de argumentación de la Corte, la nueva disposición persigue un fin constitucional legítimo: proteger el patrimonio del Estado y, en consecuencia, de la sociedad en

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2015.

⁴⁶ Corte Constitucional, C-558 de 2004. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

su conjunto. Ahora bien, el medio para lograr tal fin es adecuado y necesario en tanto que se trata de una medida de prevención que garantiza que los recursos del Estado no sean despilfarrados en contratos fraudulentos o celebrados sin atender los requisitos legales correspondientes o cualquier pago no justificado.

Además, la suspensión de los desembolsos no interfiere con el ejercicio de ningún derecho fundamental y tampoco se trata de una intervención arbitraria del poder judicial sobre la autonomía presupuestaria del Estado. El juez de control de garantía no puede determinar cuánto y en qué invierte la entidad estatal los recursos que administra de forma autónoma. Por el contrario, la judicatura evita que haya una inversión fallida o recursos mal gastados en, por ejemplo, pagos de contratos no cumplidos a cabalidad o no celebrados en debida forma.

En consecuencia, la medida no implica que el juez tenga la última decisión sobre la destinación de los recursos estatales, sino que impide que se generen perjuicios contra el Estado y la sociedad producto de la presunta comisión de un delito. De allí que no haya reparo alguno sobre la constitucionalidad de esta nueva disposición.

Artículo 28. Adiciónese un artículo 92A a 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”.

– Justificación del artículo

Este nuevo artículo pretende suspender un contrato estatal, en cualquier etapa, siempre que se establezca razonablemente que durante su trámite o ejecución se configuró una conducta punible contra la administración pública. El fin constitucional es el mismo del artículo 85A que se crea con este proyecto: proteger las finanzas del Estado evitando la celebración o cancelación de un contrato sobre el que recaiga alguna irregularidad derivada de la posible comisión de una conducta punible. En este caso la medida cautelar interrumpe el desarrollo de un contrato en la etapa en la que se encuentre, a la espera de que se defina si el vínculo contractual se encuentra viciado por alguna actividad delictiva. La nueva disposición se ubicaría en el Capítulo III del Título II dedicado a las medidas cautelares, el cual ha sido analizado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“El Capítulo III del Título II del C.P.P., referente a la regulación de las medidas cautelares, es decir, un conjunto de institutos procesales encaminados a garantizar la eficacia de un fallo condenatorio,

y por ende, a proteger el derecho que tienen las víctimas de un ilícito a ser reparadas integralmente. En tal sentido, el nuevo C.P.P., establece diversas medidas cautelares, de diferentes contenidos y alcances, entre las que se destacan el embargo y secuestro de bienes⁴⁷, la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación⁴⁸, las medidas patrimoniales a favor de las víctimas⁴⁹, así como la entrega provisional de bienes en el caso de los delitos culposos”⁵⁰.

El artículo propuesto viene a completar las diversas medidas cautelares que se instituyeron en este capítulo del Código de Procedimiento Penal. Todas estas herramientas están encaminadas a garantizar la reparación de las víctimas. La medida novedosa no es la excepción: garantizar que el Estado sea reparado o que se reduzcan en la mayor medida posible los perjuicios que puedan causarse a Tesoro. Al igual que la medida anterior, la suspensión de un contrato estatal, mientras se define si se cometió un delito que lo haga irregular, se reputa adecuada y necesaria.

Esta medida cautelar es adecuada en tanto permite alcanzar el fin constitucionalmente legítimo de evitar pagos basados en una irregularidad que causen un detrimento patrimonial. Es decir, suspender los contratos por orden de un juez de control de garantías es un medio conducente a impedir que se cancele o celebre un contrato viciado por algún delito. Además, la medida es necesaria en tanto que no existe una alternativa que produzca los mismos resultados, sin interferir con la dinámica de contratación pública de las entidades estatales.

Cualquier alternativa distinta implicaría que el contrato se desarrolle sin inconvenientes y, en caso de que se compruebe la irregularidad, las medidas para resarcir el daño patrimonial del Estado se harían más dispendiosas y menos efectivas. Así, las alternativas no permiten lograr el fin propuesto con la misma eficacia que la suspensión provisional del contrato estatal. De allí que el medio no sólo sea adecuado, sino también necesario.

Por demás, el juez de control de garantía deberá hacer el juicio de ponderación pertinente para establecer si procede la medida, esto es, si hay una inferencia razonable sobre la comisión de un delito en relación con el contrato. El filtro del juez de control de garantías disminuye la posibilidad de que la medida cautelar interfiera con el ejercicio de los derechos fundamentales de los implicados y garantiza que cualquier interferencia de ese tipo sea justificada y proporcional.

⁴⁷ Ley 906 de 2004. Artículo 92 del C.P.P.

⁴⁸ *Ibidem*. Artículo 97.

⁴⁹ *Ibidem*. Artículo 99.

⁵⁰ Corte Constitucional, C-423 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto.

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

– **Justificación del artículo**

El nuevo párrafo del artículo 132 establece una prelación entre las víctimas de delitos contra la administración pública en la que se da prioridad a las entidades estatales, pero se excluye a los particulares que no puedan demostrar que sufrieron un daño directo a raíz de la conducta delictiva que se investiga. Lo anterior se fundamenta en una interpretación amplia del concepto de víctima directa, que es acorde a la jurisprudencia constitucional:

“En materia penal la idea de víctima “directa” se suele identificar con el sujeto pasivo de la conducta delictiva, o con la persona titular del bien jurídico que la norma tutela; **es claro que un hecho delictivo trasciende esa esfera de afectación ocasionando perjuicios individuales o colectivos ciertos, reales y concretos a otros sujetos de derechos.** [...] // La regulación del artículo 92 excluye así a los perjudicados con el delito del derecho a obtener la garantía de reparación. Esta regulación es contraria a la concepción amplia de los derechos de las víctimas que ha adoptado la jurisprudencia de esta Corporación, que incluye como titulares de todas las prerrogativas que se derivan de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación a las víctimas o perjudicados que hubiese padecido un daño real, cierto y concreto”⁵¹.

⁵¹ Corte Constitucional, C-516 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Mediante esta sentencia declaró la inexecutable de las expresiones “directo” y “directa” de varios artículos de la Ley 906 de 2004 en los que se restringía el acceso de las víctimas sólo para aquellas que demostraran un perjuicio directo. El artículo 92 del Código de Procedimiento Penal quedó del siguiente modo: “Artículo 92. *Medidas cautelares sobre bienes. Apartes tachados inexecutable.* El juez de control de garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del fiscal o de las víctimas directas podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado las medidas cautelares necesarias para proteger

Conforme a lo anterior, es decir, a una concepción amplia del concepto de víctima, el nuevo párrafo del artículo 132 del Código de Procedimiento Penal no riñe con los mandatos constitucionales. Además, la prioridad de la persona jurídica de derecho público perjudicada no interfiere con el acceso a la justicia de parte de los particulares que demuestren haber sufrido un daño en razón de los delitos cometidos. Lo anterior porque es evidente que la víctima directa de un delito contra la administración pública es el Estado, representado por la entidad pública que sufrió el perjuicio. En todo caso, los particulares pueden sufrir algún tipo de daño derivado de una conducta punible de esta clase, en esa medida, la norma no cierra la posibilidad de que las víctimas particulares de los delitos contra la administración pública puedan acceder a la justicia para obtener la indemnización integral de los perjuicios causados. Por esta vía, no se avizora ningún vicio de constitucionalidad de la regulación propuesta.

Artículo 30. Adiciónese un artículo 212B a 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”.

– **Justificación del artículo**

Si bien la reserva de la indagación penal parece novedosa, tanto la Ley 906 de 2004 (artículos 149 y siguientes), como la Ley 975 de 2005 (artículo 17)⁵² contienen disposiciones que autorizan la reserva en la etapa de investigación de penal, incluso para los sujetos procesales. Además, el artículo 250 de la Constitución es claro en afirmar que la indagación corresponde a la Fiscalía General de la Nación. Por consiguiente, la reserva que se establece en este proyecto no es nueva y es totalmente compatible con la Constitución.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha establecido que la reserva de la indagación es perfectamente natural dentro del esquema del sistema penal acusatorio. En ese sentido, la nueva disposición no hace más que dejar sentada una interpretación que ha fijado el alto Tribunal en la medida en que la investigación que realiza la Fiscalía no es de público conocimiento. En palabras de la Corte, la fase de investigación:

“Se adelanta también en dos fases: la primera: la de indagación previa a la formulación de la imputación y, la segunda, una preparatoria al juicio. [...] **Como la indagación fundamentalmente está reservada a la Fiscalía General de la Nación, por regla general, lo conocido por el**

el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito. // La víctima directa acreditará sumariamente su condición de tal, la naturaleza del daño recibido y la cuantía de su pretensión [...]”.

⁵² Corte Constitucional, T-049 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ente investigador no es de público conocimiento y, en la mayoría de casos y principalmente antes de la imputación, tampoco por el investigado. De todas maneras, las audiencias preliminares que pretenden el control de legalidad y constitucionalidad de actuaciones de investigación, como se vio, son, por regla general, públicas”⁵³ (énfasis añadido).

Por consiguiente, la reserva de la actuación no desconoce ningún mandato constitucional. Por el contrario, los desarrolla. Lo anterior porque la Constitución obliga a la Fiscalía a indagar e investigar las conductas punibles para idear su estrategia jurídica frente al presunto responsable del delito. La finalidad del nuevo artículo es enfatizar y hacer regla el hecho, reconocido por la jurisprudencia constitucional, de que la indagación es reservada y las decisiones sobre la publicación de información están sujetas a la estrategia jurídica de la Fiscalía.

Además, la reserva de la actuación penal evitará que las organizaciones criminales actúen en contra de los funcionarios judiciales que adelantan los procesos y las investigaciones penales o interfieran con el curso normal de los procedimientos que deben finalizar con la desestructuración de las bandas delincuenciales y el castigo eficaz contra sus miembros.

Artículo 31. Adicionar 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 esta se expida con posterioridad a la formulación de imputación”.

– Justificación del artículo

Las actividades investigativas requieren para su validez el cumplimiento de una serie de requisitos que involucren la competencia, el término procesal para su desarrollo, la observancia del debido proceso, y la revisión de la actuación por parte del juez competente cuando ello sea procedente. No obstante, se ha detectado que las actividades de policía judicial que requieren control judicial tienen un mayor nivel de complejidad en su ejecución, y en ese sentido, el término procesal

para el diligenciamiento de la orden por parte del fiscal es muy reducido⁵⁴.

La propuesta normativa para adicionar el artículo 224 de la Ley 906 de 2004, busca precisamente mantener una equivalencia entre la dificultad que conlleva el desarrollo de las actividades de policía judicial que requieren control judicial, y el término para el diligenciamiento de la orden por parte del fiscal como autoridad competente. Se busca ante todo armonizar las normas del Código de Procedimiento Penal frente a la materia, fijando un plazo máximo de seis meses cuando se trate de indagación, y de tres meses cuando la orden se expida con posterioridad a la formulación de la imputación.

La experiencia ha demostrado que los términos procesales vigentes en este caso son muy reducidos y hacen difícil cumplir con los propósitos de las actividades de policía judicial. Un buen ejemplo se encuentra en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, en tanto se contempla que cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o al imputado, se aplicarán en lo pertinente las disposiciones relativas a los registros y allanamientos, es decir, 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.

De acuerdo con estos argumentos, la adición del artículo 224 de la Ley 906 de 2004, en los términos propuestos, evita tener que modificar cada una de las normas que hace remisión al artículo 224 y, en ese sentido, se está cumpliendo con el principio de estricta legalidad estableciendo un parámetro uniforme que no vulnera ninguna norma constitucional o legal.

– Constitucionalidad del artículo

El artículo en examen puede ser objeto de controversia en la medida en que implementa nuevos términos procesales para el diligenciamiento de la orden que autoriza el desarrollo de actividades de policía judicial. Sin embargo, cuando en materia de política criminal se detecta que existen fenómenos delincuenciales que se han incrementado, y que las normas vigentes no son lo suficientemente amplias frente al tema, surge entonces la necesidad de implementar las medidas legislativas que sean

⁵⁴ La Fiscalía General de la Nación deberá solicitar al juez competente el control de garantías de las medidas necesarias adoptadas en el proceso para asegurar que los imputados comparezcan al mismo, la conservación de la prueba y la protección de las víctimas y la comunidad. El control judicial tiene por objeto garantizar que las actuaciones que adelante el Ente Acusador no vulneren derechos fundamentales y estén ajustadas al procedimiento legal. No todas las actividades de policía judicial están sujetas a control judicial, solo aquellas que puedan representar una vulneración de derechos fundamentales al interior del proceso penal.

⁵³ *Ibidem*.

adecuadas para enfrentar de manera oportuna y efectiva esos fenómenos delincuenciales.

Para el caso concreto, la propuesta no busca afectar el debido proceso, la presunción de inocencia o afectar la celeridad en las diligencias judiciales, 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. Históricamente se ha entendido que en materia de normas sustanciales y procesales, no puede haber un estancamiento o rigidez normativa que derive en un marco legal poco efectivo. Al contrario, la jurisprudencia ha subrayado la atribución del legislador en materia de configuración de normas penales. Sobre el tema la Corte precisó lo siguiente:

“Este tribunal ha precisado el alcance del margen de configuración de los tipos penales por parte del legislador y sus límites. Al hacerlo, ha puesto de presente que tipificar como delito una conducta implica una valoración social sobre los bienes jurídicos protegidos, sobre la gravedad de la lesión inferida y sobre la pena que debe aplicarse. No se puede asumir que todo bien jurídico debe ser protegido necesariamente por medio de normas penales, pues la criminalización de la conducta es la última ratio”⁵⁵.

Con fundamento en esta cita jurisprudencial se puede afirmar que el contenido jurídico de la norma en cuestión se fundamenta en la protección de bienes jurídicos de mayor entidad asociados a la administración pública como eje fundamental del Estado Social de Derecho, y en esa dirección, aunque el artículo 224 de la Ley 906 de 2004 no corresponde a un tipo penal, 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.

Artículo 32. Modifíquese el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“*Artículo 292. Interrupción de la prescripción.* La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a cinco (5) años”.

– Justificación del artículo

La modificación sugerida aumenta en dos (2) años el límite para que la acción penal prescriba, cuando se ha presentado previamente su interrupción a partir de la formulación de la imputación, con lo cual, no sólo se supera una contradicción existente entre el ordenamiento sustancial, pues en el artículo 83 dispone que

en ningún caso el término prescriptivo podrá ser inferior a cinco (5) años, sino que también reconoce que el juzgamiento de ciertas conductas resulta particularmente complejo, como acontece en los delitos contra la administración pública, donde la dinámica procesal establecida en muchas ocasiones comprende dilaciones injustificadas atribuibles a las partes e intervinientes, por lo que se demanda que el término de prescripción de la acción penal se ajuste a estas realidades a efectos de garantizar adecuadamente la eficacia de la administración de justicia.

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.

“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”.

– Justificación del artículo

El artículo 27 del proyecto de ley se enmarca dentro de estrategias más amplias contra la criminalidad organizada y los actos de corrupción que corroen el Estado. Ambas luchas están conectadas por cuanto el crimen organizado es uno de los factores que incide sobre la corrupción de los funcionarios públicos. De allí que los nuevos párrafos sean pertinentes para atacar estos dos problemas que aquejan a la sociedad colombiana.

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.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 2014.

Lo que se pretende con estos nuevos párrafos es que el término de las 36 horas se contabilice de modo razonable, en aras de no afectar la legalización de la captura y otros actos de investigación. Así, se logrará ser más efectivos en la judicialización y sanción de las bandas criminales y los actos de corrupción. Es importante resaltar que estas disposiciones no menoscaban los derechos fundamentales de los detenidos en tanto que el término de las 36 se conserva sin alteraciones, pero se propende por su contabilización razonable.

El término de las 36 horas, además de legitimar el ejercicio de las funciones judiciales, protege bienes constitucionales de gran relevancia para cualquier persona como la vida, la salud, la integridad física y mental. Las 36 horas para presentar físicamente a una persona capturada ante la autoridad judicial competente buscan proteger los derechos fundamentales del capturado⁵⁶. Con la regulación propuesta no se modifican tales objetivos ni se interfiere

con los derechos fundamentales en cuestión, tan sólo apunta a satisfacer la necesidad de que las 36 horas no se cuenten, simple y lisamente, sin considerar factores de peso como, e.g., la cantidad de actos de investigación y la cantidad de capturados por legalizar.

La Corte Constitucional ha admitido que el término de las 36 horas se puede exceptuar si existen factores de riesgo para la integridad del capturado o si las condiciones de la captura impiden cumplir estrictamente el tiempo que establece el artículo 28 de la Constitución. De acuerdo con la Corte, el plazo de 36 horas no se debe considerar vulnerado cuando en el territorio donde se produjo la captura no hay autoridad judicial competente o bien las condiciones del territorio impiden objetivamente acudir ante el juez para la legalización correspondiente en el marco exacto del plazo constitucional. El alto Tribunal consideró ciertas hipótesis bajo las cuales se flexibiliza el término de las 36 horas sin vulnerar la Constitución⁵⁷:

“[P]uede ocurrir que por razones de la extensión del territorio y su desigual poblamiento, o por desplazamiento de las autoridades judiciales, estas “se encuentren a

una distancia temporal mayor a las treinta y seis horas fijadas por la Constitución”. Ante dicha situación, en caso de no existir autoridades judiciales dentro de ese radio temporal, se pregunta si podría calificarse de ilegal la captura. En ese caso, dijo esta Corporación, “[...] Frente a las formas de poblamiento del territorio colombiano o a los desplazamientos a los cuales se han visto sometidos los funcionarios judiciales, no puede exigirse al Estado que en este preciso momento histórico se asegure que, conforme a un mapa de tiempos, exista una autoridad judicial a una distancia no mayor de 36 horas desde cualquier punto del país. **Empero, la legalidad de la captura, en estos eventos, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial”**⁵⁸ (énfasis añadido).

De los apartes en cita se infiere que el plazo de 36 horas no puede asumirse como absoluto. El juez debe apreciar las circunstancias fácticas de la captura para decidir si el término se incumplió o no. En esta valoración debe ponderar los deberes de protección de la vida e integridad física de la persona capturada, en cabeza de las autoridades que realizan la captura y las condiciones del territorio en el que se efectúa la misma.

El artículo 27 de este proyecto amplía los factores que deben ser ponderados a la hora de evaluar si el término de las 36 horas se cumplió o no de parte de las autoridades encargadas de poner a la persona capturada a disposición del juez competente. Dentro de los nuevos factores objetivos que deben ser considerados se encuentra la cantidad de capturados y la cantidad de actos por legalizar. En este sentido, la nueva formulación normativa no riñe con los mandatos constitucionales desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por el contrario, los interpreta y se mantiene fiel a su espíritu.

Artículo 34. Adiciónese un párrafo al artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre el trámite de la audiencia de acusación, el cual quedará así:

“Párrafo. 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

⁵⁶ Corte Constitucional, C-251 de 2002, MM.PP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Vargas Hernández. En esta sentencia la Corte puntualizó que “la obligación estatal de garantizar la seguridad, la vida e integridad física de la persona retenida es permanente, un asunto que no sólo atañe al juez, sino que se predica también de sus captores. En ese orden, observa entonces la Corte que éstos últimos como autoridades, mal podrían estar forzados a llevar a la persona capturada o detenida ante el juez, cuando las condiciones de captura aconsejaron posponer la entrega para efectos de garantizar la debida protección a los derechos de la persona privada de la libertad”.

⁵⁷ Corte Constitucional, C-239 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁸ Sentencia C-251 de 2002, Op. cit.

juez de control de garantías procederá a emitir las comunicaciones correspondientes.

El incumplimiento a lo aquí dispuesto, constituye falta disciplinaria gravísima”.

– Justificación del artículo

Esta propuesta de adición sirve a una misma finalidad constitucional: impedir que el servidor público acusado por su autoría en la comisión de una conducta punible contra la administración pública pueda servirse de su posición para interferir con el proceso o con la existencia de medios probatorios que lo incriminen. La adición es válida toda vez que sólo puede ser adoptada después de la imputación o en el momento de la acusación en función del delito.

Para los delitos contra la administración pública, el servidor público será suspendido del cargo desde el momento de la imputación, frente a cualquier otro delito cometido por un servidor, la suspensión sobrevendrá con la acusación. La Corte Constitucional ha revisado la constitucionalidad de normas que autorizan la suspensión provisional en materia disciplinaria sobre la base de tres cargos de inexistencia por violación de la presunción de inocencia y el debido proceso, la afectación del buen nombre y la presunta vulneración del mínimo vital y el derecho al trabajo. El alto Tribunal consideró que la medida de suspensión provisional en sede disciplinaria no transgredía ninguno de estos derechos fundamentales dado que estaba al servicio de fines superiores y no implicaba una interferencia ilegítima en algunos de los mencionados derechos:

“[L]a medida provisional es justificada por el propio legislador a la luz de unos fines específicos. El fin de evitar que se interfiera la investigación consulta la protección de todos los principios e intereses constitucionales desarrollados por el derecho disciplinario. [...] De lo que se trata es de precaver que una conducta objetiva de la cual existen serios y evidentes elementos de juicio, se prolongue en el tiempo una vez realizada. [...] No se está, entonces, ante un juicio anticipado acerca de la personalidad del servidor público investigado o juzgado disciplinariamente sino ante una facultad derivada de la valorización de elementos probatorios relativos al acto que disciplinariamente se le imputa”⁵⁹.

A estos mismos fines apunta la medida que se incorpora con esta reforma. Se trata de garantizar un fin legítimo, desde el punto de vista constitucional: la correcta administración de justicia y la moralidad pública. Para alcanzar un grado óptimo de protección se estipula la suspensión provisional del servidor público involucrado en la comisión de un delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado. Ahora bien, es menester recordar que se trata de una medida preventiva y

no de una sanción de desvinculación. Existe una diferencia conceptual entre ambas y, en tal virtud, ambas generan distintas consecuencias. Tal como lo ha reiterado la Corte, la desvinculación es definitiva y es una de las potestades exclusivas del Procurador, conforme con el numeral 1 del artículo 278 Superior, mientras que la suspensión provisional se toma como una medida preventiva dentro de un proceso disciplinario. No obstante, ambas decisiones comparten la característica de que deben ser motivadas⁶⁰.

La medida de suspensión provisional del cargo dentro del proceso penal se justifica en tanto tiene las mismas características de la suspensión en materia disciplinaria: se trata de una disposición preventiva que no implica la desvinculación efectiva y definitiva del funcionario. De allí que los derechos la presunción de inocencia y el debido proceso no se vean afectados. En ningún momento se trata de enjuiciar al funcionario, sino de precaver que no aproveche el ejercicio del cargo para interferir con el normal desarrollo de la investigación.

Esta posibilidad debe acreditarse en la audiencia correspondiente. Esto significa que esta medida no puede ser adoptada con total discreción. Todo lo contrario, debe ser motivada. Tal como lo ha declarado la Corte Constitucional la medida de suspensión provisional debe respetar ciertas garantías procesales, entre ellas, la debida motivación, la posibilidad de recurrir la medida de parte del afectado y la remuneración en caso de que la investigación concluya con fallo absolutorio⁶¹. Tanto en la imputación como en el escrito de acusación se deben exponer las razones que justifiquen la adopción de la medida de suspensión.

El alto Tribunal ha establecido, conforme con el artículo 158 de la Ley 734 de 2002, que el funcionario suspendido: “[T]endrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando (i) la investigación termine con fallo absolutorio, o (ii) con decisión de archivo, o (iii) de terminación del proceso, o (iv) cuando expire

⁶⁰ Corte Constitucional, T-456 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño. En palabras de la Corte, “[l]a desvinculación tiene el carácter de sanción que como tal es definitiva y cuya adopción se hace luego de un análisis completo, previa audiencia y mediante una decisión motivada. Es precisamente un trámite extraordinario establecido para casos especiales. La figura de la “suspensión provisional”, por el contrario, no es una sanción, sino una medida de carácter preventivo que se adopta dentro de un proceso disciplinario ordinario [...] siempre y cuando existan serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, en la función o en el servicio del presunto autor, puedan interferir en el trámite normal de la investigación o cuando se está ante la posibilidad de la continuidad o reiteración de la falta”.

⁶¹ Corte Constitucional, T-1012 de 2010, M. P. María Victoria Calle.

⁵⁹ Corte Constitucional, C-450 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia”⁶².

Así las cosas, la medida consistente en la suspensión provisional del cargo es adecuada y necesaria en tanto que permite alcanzar fines constitucionales legítimos, sin que exista una alternativa que tenga la misma efectividad para impedir que los servidores públicos investigados por conductas delictivas contra la administración interfieran con el proceso en curso. Además, se reputa proporcional en tanto la interferencia con los derechos fundamentales de los afectados es mínima o leve, siempre que se respeten las garantías procesales, identificadas por la Corte Constitucional, al momento de sustentar la imposición de la medida y su ejecución.

Artículo 35. Modifíquese el artículo 410 de la Ley 906 de 2004, el cual quedaría así:

“Artículo 410. Obligatoriedad del servicio de peritos. El Fiscal General de la Nación o sus delegados podrán solicitar a las entidades públicas o privadas, la designación de expertos en determinada ciencia, arte o técnica, cuando quiera que la naturaleza de las conductas punibles que se investigan requiera de la ilustración de tales expertos.

El director de la entidad o dependencia pública o privada realizará la designación dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del requerimiento de la Fiscalía. La designación como perito será de forzosa aceptación y sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, haber sido designado como perito en otra actuación en curso, o cuando exista una razón que, a juicio del fiscal del caso, pueda incidir negativamente en la investigación.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones consagradas en este parágrafo o del deber de comparecer al juicio oral dará lugar a falta disciplinaria gravísima en el caso de los servidores públicos o la imposición de multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para los particulares”.

– Justificación del artículo

La modificación propuesta dispone que la Fiscalía podrá recurrir a funcionarios públicos o trabajadores particulares que trabajen en entidades especializadas en el manejo de ciertos temas o sectores y, en virtud de lo cual, tengan conocimientos científicos o técnicos que contribuyan a esclarecer o comprender factores atinentes a la realización de conductas punibles investigadas y procesadas por la Fiscalía General de la Nación.

Además, la nueva disposición establece una obligación en cabeza de las entidades y los funcionarios designados como peritos que consiste en la imposibilidad de rehusar la designación,

a menos que se cumpla alguna de las causales consagradas en la disposición. En ese sentido, la nueva disposición incluye una sanción para los funcionarios estatales que no comparezcan a juicio, caso en el cual se configura una falta disciplinaria gravísima, y para los particulares se estipuló una multa de 10 smlmv. Estas sanciones están encaminadas a reforzar la obligación de desempeñar las tareas de perito dentro del proceso penal en el que lo requiera la Fiscalía.

La modificación se mantiene dentro del espíritu que promovió el artículo 410 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que tanto los funcionarios como particulares con conocimientos especializados participen como peritos dentro del proceso penal, siempre que sea requerido por la Fiscalía. No se trata de nada distinto a un desarrollo normativo de dicha disposición, que no cambia ninguna de las características de la prueba pericial: ni su procedencia, ni su admisibilidad, ni la modalidad de su presentación. En ese sentido, la nueva redacción del artículo es fiel a las características conceptuales de la prueba pericial, esto es, no afecta el núcleo fundamental de la prueba mediante expertos. En palabras de la Corte Constitucional, esta prueba se caracteriza por:

“i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos, pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso...; iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda; iv) se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes; v) ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente, y vi) para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuírsele eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte”⁶³ [citas omitidas].

Así pues, en la medida que esta norma no interviene ninguna de las características principales de las pruebas periciales, a luz de la jurisprudencia constitucional, no reporta ningún vicio o reparo de inconstitucionalidad. De allí que puede concluirse que la nueva redacción se ajusta a los mandatos constitucionales y las subreglas de la jurisprudencia constitucional sobre las pruebas periciales en el derecho procesal colombiano.

⁶³ Corte Constitucional, T-274 de 2012, M. P. Juan Carlos Henao Pérez. Cfr. C-124 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶² *Ibidem*.

Artículo 36. Adicionar un artículo 429A a la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“*Artículo 429A. Cooperación interinstitucional en materia de investigación criminal.* Los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, recopilada o colaborada por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias y con observancia de los procedimientos propios de las actuaciones disciplinarias, fiscales o sancionatorias, podrán ser utilizados e incorporados a las indagaciones o investigaciones penales correspondientes.

Los conceptos, informes, experticias y demás medios de conocimiento obtenidos, recolectados o producidos por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias, podrán ser ingresados al juicio por quien los suscribe, por cualquiera de los funcionarios que participó en la actuación administrativa correspondiente o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”.

El compromiso de combatir los actos de corrupción, y el crimen organizado, a partir de la colaboración entre las autoridades competentes, responde a las obligaciones internacionales de Colombia. Por un lado, la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* estipula que los Estados Parte deberán adoptar las medidas necesarias para detener la proliferación de la delincuencia organizada al interior de cada Estado y en el ámbito transnacional. Ello supone que diferentes autoridades tanto del nivel interno como internacional cooperen entre sí para combatir eficientemente las empresas criminales.

En el artículo 7.4 de la Convención de Palermo se establece la necesidad de cooperación para combatir el lavado en los siguientes términos: “Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera; a fin de combatir el blanqueo de dinero”. La adición propuesta en el artículo 31 de este proyecto pretende facilitar la cooperación entre las instituciones del nivel interno o nacional en consonancia con el artículo 38 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que estipula lo siguiente:

“Artículo 38. Cooperación entre organismos nacionales. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir: // a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado Parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los

artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o // b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud”.

Pues bien, el artículo 31 del presente proyecto de ley permite cumplir con este compromiso internacional del Estado colombiano, dado que esta nueva disposición facilita la colaboración entre instituciones públicas y responde al objetivo de específico de la judicialización efectiva del crimen organizado y los actos de corrupción concomitantes. La norma que se propone establece que los elementos materiales probatorios recaudados dentro de una investigación fiscal, disciplinaria o sancionatoria podrán ser incorporados a los procesos penales correspondientes, al igual que los medios de conocimiento obtenidos por las autoridades administrativas en ejercicio de sus competencias. Esto supone la colaboración armónica entre distintas autoridades estatales.

La Corte Constitucional al interpretar el artículo 113 de la Constitución ha establecido que en él se encuentran dos principios de gran relevancia constitucional: la separación de poderes públicos y la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder. El primero implica que cada poder es independiente y autónomo frente a sus pares, pero dicha disposición no prohíbe que no puedan cooperar y trabajar en conjunto para la consecución de los fines legítimos que el ordenamiento constitucional obliga a realizar en la mayor medida de las posibilidades jurídicas y fácticas. El alto Tribunal ha señalado que:

“[E]n primer lugar, la distribución de funciones separadas entre los diferentes órganos constituye un instrumento para *limitar y controlar el ejercicio del poder*, de una parte, y para asegurar la especialización funcional de los diferentes órganos de manera que *cumplan eficientemente las tareas a su cargo*, de otra. A su vez, en segundo lugar, el mandato de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado asegura la concurrencia de diferentes perspectivas y medios de acción para optimizar los fines que justifican y orientan las actividades del Estado”⁶⁴.

En el marco de esta interpretación constitucional, se inscribe la colaboración entre las distintas entidades estatales. La misma Corte ha establecido que la cooperación entre diferentes órganos estatales no genera ningún reproche. Por el contrario, las regulaciones normativas que fortalecen este tipo de cooperación entre organismos públicos nacionales desarrollan genuinamente el mandato constitucional. En la Sentencia C-540 de 2012, el Tribunal Constitucional examinó el artículo 10 de la Ley Estatutaria 1621 de 2013⁶⁵, que contemplaba la

⁶⁴ Corte Constitucional, C-247 de 2013.

⁶⁵ “Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteli-

cooperación entre los diversos organismos del Estado que llevan a cabo labores de inteligencia y contrainteligencia. En dicha oportunidad, la Corte indicó que:

“[E]sta disposición al señalar que los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cooperarán armónica y decididamente, atendiendo los requerimientos de los servidores públicos autorizados por esta ley para efectuarlos, coordinando de manera eficaz y eficiente sus actividades, y evitando la duplicidad de funciones; no merece reproche constitucional alguno al constituir fiel reflejo esencialmente de los artículos 113 y 209 de la Constitución, que establecen que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines y que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, además de que las autoridades deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. [...]

En consecuencia, esta disposición al propender por la cooperación y coordinación de las actividades de inteligencia y contrainteligencia entre los distintos organismos que cumplen esta función, en la pretensión de neutralizar de una manera más oportuna y efectiva las amenazas que se presenten contra la seguridad de la Nación, será declarada exequible (arts. 2º, 113, 209, 217 y 218 superiores)”⁶⁶.

Las mismas consideraciones aplican para el examen de constitucionalidad del artículo 31 del proyecto de ley. Se trata de reforzar la cooperación entre las autoridades disciplinarias, fiscales o con alguna potestad sancionatoria para que los elementos materiales probatorios recaudados dentro de los respectivos procesos e investigaciones, se introduzcan en el juicio con todas las formalidades propias del proceso penal, por parte del servidor público que lo recolectó o recibió o cualquier funcionario que haya participado en la actuación correspondiente. Por consiguiente, esta disposición no genera ningún reproche constitucional, sino que se enmarca dentro del principio de colaboración armónica entre entidades públicas, tal como lo ha comprendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, podría pensarse que la nueva disposición introduce una suerte de prueba trasladada para el proceso penal. Pero nada más lejos del tenor literal de la norma. En sentido estricto, la nueva regulación introduce en juicio un elemento de prueba que ha sido recaudado o recolectado por otra autoridad administrativa, disciplinaria o fiscal. Nótese que no se trata de incorporar una prueba sin contradicción o sin

inmediación, pero sí de que se trasladen elementos materiales probatorios y evidencia física sin vulnerar ningún derecho fundamental. El debido proceso y el derecho de defensa de las partes que intervienen en el juicio son respetados a cabalidad por la nueva disposición.

El elemento ha sido recolectado como cualquier otro y será introducido en el juicio como cualquier otro. Aquí lo que cambia es que no fue recaudado por la Fiscalía, sino por una autoridad distinta. Dicha autoridad recolectó el elemento de prueba en el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales. La Fiscalía como titular de la acción penal debe, en juicio, someter el elemento de conocimiento a contradicción y cumplir con el principio de inmediación de la prueba. De acuerdo con la Corte Constitucional, el sentido de los principios que rigen el procedimiento penal es que las pruebas se practiquen en juicio y sean apreciadas en conjunto por el juez, así:

“Según el nuevo modelo procesal penal, es la etapa del juicio la oportunidad en que habrá de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Por lo tanto, según el nuevo sistema, al haberse abandonado el principio de permanencia de la prueba y regir los de concentración e inmediación de la misma en el curso de un juicio público y bajo todas las garantías procesales, en la etapa de investigación no se practican realmente pruebas sino que, tanto la Fiscalía como la defensa, recaudan elementos materiales probatorios y evidencias físicas, las cuales habrá de descubrirse en el momento de la acusación para ser practicadas en el juicio, tanto los favorables como los favorables (sic) al procesado, por lo que no puede considerarse que se violan los principios de publicidad y defensa”⁶⁷.

Obsérvese que la nueva regulación no va en contravía del fin último de los principios de inmediación y contradicción. Tanto las partes como el juez mantienen el rol natural que le atribuye el sistema penal acusatorio: el acusado podrá controvertir el elemento probatorio en la audiencia del juicio y el juez valorará en la misma audiencia todos los materiales de conocimiento que aporten las partes para fundamentar la teoría del caso respectiva. En tal sentido, la norma propuesta no desnaturaliza el sistema penal acusatorio de ningún modo.

Por el contrario, permite resolver un problema práctico sin intervenir en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. La ventaja que reporta la norma propuesta es que atiende los criterios del debido proceso tanto en sede disciplinaria, administrativa o fiscal como en el procedimiento penal. Por un lado, el elemento material probatorio obtenido por las autoridades

gencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁶ Corte Constitucional, C-540 de 2012.

⁶⁷ Corte Constitucional, C-1260 de 2005.

con potestades sancionatorias debe atender los parámetros del debido proceso que rigen en su ámbito de competencias. Por otro, su incorporación durante el juicio de parte de la Fiscalía se efectúa con base en los principios del sistema penal acusatorio que protegen este derecho fundamental. En consecuencia, la nueva disposición no representa afrenta alguna contra los mandatos constitucionales y la naturaleza esencial del sistema penal, regulado en la Ley 906 de 2004.

Reiteramos que no se trata ni una prueba de referencia ni una trasladada. La figura de la cooperación interinstitucional no revive la prueba trasladada en materia penal, extraña a la Ley 906 de 2004, y tampoco anula la excepcionalidad de la prueba de referencia, consagrada en el artículo 437 de la misma normatividad.

CAPÍTULO 3

Medidas administrativas para prevenir la corrupción

Artículo 37. Modifíquese el literal k) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades, el cual quedaría así:

“Las personas que **directamente o por interpuesta persona** hayan financiado en **cualquier monto** campañas políticas **a cargos de elección popular** la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos **ni subcontratar** con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal, **junta directiva** o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona **campañas políticas a cualquier cargo de elección popular**.

El incumplimiento a lo aquí dispuesto dará lugar a las sanciones contempladas en el Código Penal para estas conductas”.

– Justificación del artículo

La actual redacción del literal k) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, establece la prohibición de celebrar contratos a las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por

ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral.

Bajo esta estructura la norma sujetaba la prohibición únicamente a los mecanismos tradicionales de elección popular de presidencia, gobernaciones y alcaldías, y adicionalmente exigía un porcentaje de financiación del 2.5% para que operara en derecho la aludida restricción. Pues bien, con el artículo propuesto se buscan tres objetivos concretos: i) ampliar el universo de conductas que configuran la prohibición haciéndolas extensivas a todas las campañas políticas a cargos de elección popular, ii) modificar el porcentaje mínimo de aporte establecido actualmente en la norma, pasando del 2.5% al 2.0%, iii) adicionar la subcontratación como conducta generadora de la prohibición normativa, y iv) hacer extensiva la inhabilidad a la condición de ser parte de la junta directiva de sociedades distintas a las anónimas y a los socios que hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a cualquier cargo de elección popular.

Hay múltiples razones para haber considerado adicionar a la norma original los aspectos antes señalados. De una parte, se detectó que la corrupción asociada a la contratación pública no sólo ocurre en las campañas políticas para Presidencia, gobernaciones y alcaldías, sino que también sucede con frecuencia en campañas para Senado, Cámara y concejos municipales, así, la norma estaba excluyendo de la prohibición tipos de campañas electorales que generalmente involucran intereses particulares y cuantiosas sumas de dinero, propicias para la comisión de todo tipo de delitos asociados a la corrupción⁶⁸. De otra parte, se consideró importante reducir el monto porcentual de aporte en campañas políticas

⁶⁸ Existen documentos que desarrollan ampliamente la tesis de que es necesario identificar las formas en que la corrupción permea la política y los procesos asociados a ella, como medida previa a la implementación de nuevas normas o estrategias de política criminal dirigidas a su erradicación. En la obra titulada “¿Existe alguna relación entre la corrupción política y la democracia? Breve reflexión teórica dirigida a establecer sus posibles articulaciones”. Autoría de Nicolás Jaramillo Gabanzo, y publicada por la Universidad Externado de Colombia (2011) se precisó el siguiente argumento: “los criterios para señalar un régimen político como democrático han sido cada vez más exigentes. Por ejemplo, un régimen que solo garantice un proceso electoral competitivo entre partidos políticos pero que no ofrezca mecanismos de participación directos a minorías étnicas o de género podría haber sido catalogado como democrático en el pasado pero seguramente no lo es en el presente. Algo similar sucede con la corrupción política. Las dinámicas de clientelismo, soborno y utilización de los cargos estatales para recibir beneficios personales no eran vistas generalmente como corruptas en buena parte del siglo XIX. Sin embargo, estas prácticas, que antes y aun en algunos escenarios se perciben como no indebidas, han tendido a señalarse con el pasar de los años como expresiones de corrupción política”.

como criterio generador de la prohibición normativa. Aunque solo se trata de una reducción de un 0.5%, esa modificación porcentual se traduce en un universo más amplio para que las entidades competentes puedan monitorear acciones delictivas asociadas a la corrupción.

Finalmente, la extensión de la inhabilidad a las sociedades en las cuales la junta directiva o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a cualquier cargo de elección popular, surge como resultado de la práctica frecuente de tratar de evadir la acción del Estado a través de la participación en sociedades comerciales en condición diferente a la de representante legal. En ese sentido se consideró importante abarcar otros tipos de condición en la respectiva sociedad, tal como la de integrante de la Junta Directiva.

– Constitucionalidad de la norma propuesta

La estructuración del artículo propuesto es admisible constitucionalmente en la medida que no vulnera principios o derechos contenidos en la norma Superior. Se puede decir incluso que la construcción de esta norma constituye una forma de cumplimiento de mandatos constitucionales que propenden por la protección del patrimonio público y la moralidad en la función pública. Sobre este tema la Corte Constitucional a propósito de una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1474 de 2011, precisó lo siguiente:

“Adicionalmente, resalta la Sala que la determinación sobre si un hecho punible es un acto de corrupción deberá tener en cuenta que durante los debates legislativos del ahora *Estatuto Anticorrupción* se expresó la intención de consagrar como actos de corrupción, no sólo las formas tradicionales de atentar contra la administración pública y el patrimonio público sino, *todos* los delitos relacionados con actividades que constituyen corrupción; en este sentido se manifestó que “[l]a corrupción constituye en la mayoría de sus eventos un fenómeno criminal, el cual puede estar descrito no solamente como un delito contra la Administración Pública, sino también como un crimen que afecta el patrimonio del Estado e incluso el patrimonio público, en aquellas situaciones en las cuales se afecte a una empresa por un acto de desviación de recursos o soborno”⁶⁹.

Se puede concluir entonces que con el artículo propuesto, no se está vulnerando ningún derecho fundamental, garantías procesales o presunciones legales. Antes bien, el contenido de esta norma también es una forma de materialización de la libertad de configuración legislativa, cuyo eje fundamental es precisamente permitir al legislador la creación, adición, modificación o eliminación de normas de acuerdo con criterios de política criminal. En estas condiciones está más que justificada la necesidad de modificar las

normas que involucren temas de corrupción y cuya implementación permita reducir esta práctica y sancionar a la vez con mayor rigurosidad a quienes incurran en ella⁷⁰.

Artículo 38. Adicionar un inciso 4° al literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, el cual quedará así:

“Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción, suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aun en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

Las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión o cancelación de la personería jurídica en los términos del artículo 91 de la ley 906 de 2004, o cuyos representantes legales o sus administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad

⁷⁰ Sobre el tema la Corte Constitucional en la Sentencia C-387 de 2014, estableció lo siguiente: “Ha señalado esta Corporación que al Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la política criminal del Estado (artículos 114 y 150 superiores), para determinar las conductas que constituyen delitos, las sanciones que deben imponerse y el procedimiento a cumplirse. Le asiste en materia penal una competencia amplia que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (artículos 1° y 3° superior). Bien puede el legislador penal crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de estas con arreglo a criterios de atenuación o agravación; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social”.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C- 434 de 2013.

por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado”.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

– Justificación del artículo

El fin de esta modificación resulta claro: inhabilitar para contratar con el Estado a aquellas personas jurídicas, o sus miembros directivos o socios controlantes, que hayan estado incurso en delitos contra la administración pública y se hayan acogido al principio de oportunidad. La intención es evitar que los beneficios que otorga la aplicación del principio de oportunidad den lugar a nuevos eventos de corrupción en la contratación estatal. Con esta adición se conjura el peligro de que las mismas personas que resultaron beneficiadas con el principio de oportunidad constituyan nuevas personas jurídicas para contratar con el Estado y continuar con operaciones fraudulentas, con base en que la persecución penal se extinguió a su favor debido al principio de oportunidad.

Resulta constitucional aplicar el principio de oportunidad para los delitos contra la administración pública. Ello implica que se extingue la acción penal y, por tanto, los beneficiados con la aplicación del principio carecen de antecedentes penales, lo cual permite que puedan seguir contratando con el Estado, sin ninguna consecuencia adversa o inhabilidad. El fin último de la nueva formulación normativa es evitar el fenómeno de que los contratistas se habiliten de forma automática para contratar con el Estado, si acogen al principio de oportunidad y colaboran con la Fiscalía.

En efecto, el numeral 9 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 2° de la Ley 1312 de 2009), establece que el principio de oportunidad procede frente a delitos contra la administración pública. La Corte tuvo ocasión de revisar la constitucionalidad de dicha causal y determinó que no es contrario a la Constitución que el principio de oportunidad se aplique para atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia en virtud de que dicho principio consagrado en el artículo 250 Superior:

“(i) fue supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado; [...] (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político-criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta

de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; [...]”⁷¹.

Además de los requisitos legales, la Corte estableció los parámetros anteriores a efectos de que la aplicación del principio de oportunidad no implicara un desconocimiento de los deberes y obligaciones constitucionales en cabeza de la Fiscalía. Pero no resolvió el caso de los contratistas, beneficiados con la aplicación del aludido principio, que pueden seguir suscribiendo contratos con el Estado poniendo en peligro la moralidad pública. Para regular estos casos, el legislador cuenta con un amplio margen de configuración⁷² para establecer dos tipos de inhabilidades: las que se originan en una sanción impuesta por la potestad sancionatoria del Estado y aquellas que no tienen origen en sanción alguna, sino que responden a mecanismos legales o constitucionales para proteger principios y valores del ordenamiento jurídico colombiano. En relación con estas últimas sanciones, la Corte ha establecido que:

“[L]as inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. En este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas. // Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. [...] En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa

⁷¹ Corte Constitucional, C-988 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷² Corte Constitucional, C-348 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño. En esta sentencia, la Corte estableció que “[d]e acuerdo con los artículos 6°, 123 y 150 numeral 23 de la Constitución, salvo los eventos expresamente señalados por el Constituyente, corresponde a la ley determinar el régimen de calidades, inhabilidades, incompatibilidades y requisitos para desempeñar los empleos públicos. De ahí que, tal y como lo ha dicho esta Corte, el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para establecer el régimen de inhabilidades para los servidores públicos, sin más limitaciones que las que surgen de la propia Carta Política [cita omitida]. Corresponde entonces a este órgano político “evaluar y definir el alcance de cada uno de los hechos, situaciones o actos constitutivos de inhabilidad o incompatibilidad, así como el tiempo durante el cual se extienden y las sanciones aplicables a quienes incurran en ellas [cita omitida]”.

para los participantes o interesados en un proceso licitatorio⁷³ (subrayas fuera del original).

Como puede inferirse con facilidad del apartado anterior, la inhabilidad que establece el nuevo inciso del literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993 no tiene relación con una sanción en tanto que el principio de oportunidad impide continuar con la persecución penal. De ahí que deba considerarse como una inhabilidad encaminada a la protección de la moralidad en la administración y la contratación pública. De allí que se reputa legítima desde el punto de vista constitucional y ser resultado del ejercicio del amplio margen de configuración del legislador en esta materia.

Artículo 39. Adiciónese un párrafo 3° al artículo 8° de la Ley 80 de 1994, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, el cual quedará así:

“Párrafo 3°. **Las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en este artículo se aplicarán a cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos**”.

CAPÍTULO 4.

Disposiciones complementarias

Artículo 40. *Conservación de documentos de personas jurídicas sin ánimo de lucro.* Para los efectos previsto en esta ley, las fundaciones, asociaciones, corporaciones y cualquier persona jurídica sin ánimo de lucro, deberá conservar la información relacionada con su existencia y representación legal, reformas y actividades estatutarias, libros de actas, registros contables, inventarios y estados financieros cuando a ellos haya lugar, por el término de diez años, contados desde la fecha de producción o elaboración del documento, o fecha del último asiento contable. Transcurrido este lapso, podrán ser destruidos, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta.

– Justificación del artículo

El deber de conservar la información y los soportes documentales por un tiempo determinado está relacionado con la garantía de sendos derechos fundamentales. Entre los derechos principales que se buscan proteger a través de la conservación de documentos se encuentran el *hábeas data* y el derecho de petición. En ambos casos, el deber de conservación de documentos obliga a todo servidor público y las entidades del Estado, conforme lo estipula la ley y la jurisprudencia.

En efecto, la Ley 965 de 2005 (Ley Antitrámite) estableció en su artículo 28 que los comerciantes están obligados a conservar la información por 10 años en medio físico, magnético o electrónico. Lo mismo aplica para los particulares obligados por ley a ello. Esta norma antitrámite coincide con el

artículo 60 del Código de Comercio. Asimismo, la Ley 1712 de 2014 estipuló la obligación de adoptar programas de gestión documental que permitan conservar la información en poder de entidades públicas o privadas, conforme lo definido en el artículo 5° de esta ley. Todos estos instrumentos responden a la necesidad de garantizar derechos fundamentales destacados por la Corte Constitucional. Según la jurisprudencia de este alto Tribunal:

“[L]os principios del *hábeas data* implica deberes constitucionales para las entidades que custodian y administran la información contenida en archivos y bases de datos. Así, dichas entidades deben observar una obligación general de seguridad y diligencia en la administración y conservación de los datos personales y una obligación específica de corregir e indemnizar los perjuicios causados por el mal manejo de la información.

5.1.4. En este orden de ideas, debe resaltarse la importancia de que el acopio y la conservación de información se haga con sujeción a los principios del *hábeas data* con el fin de garantizar su integridad y veracidad y así salvaguardar los demás derechos de los titulares de la información. Con frecuencia esta información es necesaria para acceder al goce efectivo de otros derechos fundamentales, toda vez que los datos personales, laborales, médicos, financieros y de otra índole que están contenidos en archivos y bases de datos, son la fuente de la información que se utiliza para evaluar el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones⁷⁴.

El deber de conservar la información bajo los principios del *hábeas data* no aplica solo para entidades públicas o comerciales sino que se extiende a todas aquellas personas naturales y jurídicas que administren bases de datos con información relevante para otros ciudadanos y para el Estado mismo. En estos casos, salta a la vista la relación existente entre la obligación de conservación de documentos con el derecho fundamental de petición y otras garantías constitucionales, como el derecho a la seguridad social⁷⁵. En palabras de la Corte Constitucional:

“[L]as entidades públicas de cualquier orden son responsables de mantener la información y, en especial, conservar los documentos que reposan en sus archivos. Esa función, que implica obligaciones de acceso y conservación entre otras, tiene trascendencia constitucional porque su ejercicio materializa los derechos fundamentales de petición y *hábeas data*, además, los datos que guardan y administran, pueden permitir el goce efectivo de otros derechos por parte de los titulares de la información [cita omitida]⁷⁶.”

⁷³ Corte Constitucional, C-780 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Reiterada en la Sentencia C-1016 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷⁴ Corte Constitucional, T-926 de 2013.

⁷⁵ Corte Constitucional, T-079 de 2016.

⁷⁶ Corte Constitucional, T-398 de 2015.

Lo que pretende la nueva disposición es extender la obligación para ciertas personas jurídicas respecto de las cuales cabe exigir la conservación de la información para salvaguardar ciertos derechos fundamentales y contar con prueba fidedigna de las actuaciones de particulares frente a las entidades del Estado. De hecho, si el presupuesto para reconocer este deber constitucional es la complejidad a la que se ven abocadas las sociedades contemporáneas por la circulación y acopio de grandes cantidades de información⁷⁷, entonces no hay ninguna razón para restringir esta obligación solo a las entidades públicas o estatales. El fin de esta nueva disposición es imponer a ciertas personas jurídicas el deber de conservar la información por motivos de transparencia, como instrumento de la lucha contra la corrupción y la garantía de derechos fundamentales.

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley Antitrámite por el cargo de violación del principio de unidad de materia determinó que una norma que establece el deber de los comerciantes de conservar la información por el término mínimo de 10 años contribuye a racionalizar los trámites ante las entidades privadas y las relaciones entre la administración pública y los particulares. Por esta razón, a juicio de la Corte, se conservaba la unidad de materia de la Ley Antitrámites. En desarrollo del análisis del artículo 28 de la Ley 965 de 2005, la Corte Constitucional señaló que:

“Con el fin de racionalizar los trámites para el ejercicio de actividades privadas, el artículo 28 estudiado unifica y disminuye el término de conservación de los libros y papeles del comerciante. En efecto, al unificar y reducir el plazo de conservación de los papeles y documentos a 10 años, se simplifican y disminuyen los requisitos propios del ejercicio de esta actividad. Ciertamente, como lo señalan las distintas intervenciones, esta norma “reduce, limita o simplifica” la obligación de quienes deben llevar estos documentos y el derecho de la administración a exigir su exhibición. [...] // En este sentido, la norma mencionada flexibiliza y facilita el cumplimiento de una obligación de los particulares, exigible por la administración o por las Cámaras de Comercio. // En esta medida, parece claro que la disposición aclara, flexibiliza y disminuye requisitos y procedimientos que debían adelantar los comerciantes o quienes ejercieran las funciones de comercio. [...]”⁷⁸.

Del mismo modo que el artículo 28 de la Ley Antitrámites guarda una conexión teleológica con los fines del conjunto normativo, la norma que introduce el artículo 34 del proyecto de ley tiene una íntima relación con los propósitos de la Ley Anticorrupción. La nueva disposición permite

rastrear y obtener información para demostrar la ocurrencia de actos fraudulentos o corruptos en los que se hayan visto involucradas las personas jurídicas de derecho privado, o bien permiten confirmar que la actuación de los privados frente a la administración pública se ajustó a derecho. De allí que sea necesario concluir que la norma contenida en el artículo 34 se mantiene en una relación coherente y apuntan al mismo fin que las otras normas que componen el proyecto de ley: combatir la corrupción. En tal sentido, este proyecto respeta los parámetros establecidos por el artículo 158 Superior, relativo al mandato constitucional de unidad de materia legislativa.

Artículo 41. *Sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de corrupción.* Los abogados, contadores, revisores fiscales y jefes de control interno están obligados a reportar operaciones inusuales o sospechosas de corrupción a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), en los términos, condiciones, actividades o sectores que para el efecto señale el Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Ministerio de Justicia y del Derecho deberá expedir la reglamentación correspondiente dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

– Justificación del artículo

La Fiscalía General de la Nación en cumplimiento de sus fines constitucionales y legales, debe enfrentarse periódicamente al accionar delictivo de complejas organizaciones y grupos criminales que disponen de la estructura, recursos y contactos necesarios, para evadir de manera efectiva la persecución del Estado. Esta situación se evidencia particularmente en la ejecución de delitos asociados con la corrupción, pues generalmente estos son el resultado de concertaciones y asociaciones de personas que prometen o acceden a cuantiosas sumas de dinero como retribución a su accionar delictivo.

Ahora bien, en ocasiones ese tipo de conductas son conocidas por personas que con ocasión de su profesión u oficio tienen acceso a información privilegiada, y que por desconocimiento o falta de una norma que lo disponga, omiten denunciar esos hechos ante la autoridad competente. La finalidad del artículo propuesto busca precisamente establecer una obligación legal para los profesionales que con mayor regularidad tienen conocimiento de operaciones sospechosas de corrupción o constitutivas de delitos contra la administración pública, y adicionalmente, precisa sanciones penales y disciplinarias a quien omita el cumplimiento de ese deber.

Este tema en particular tiene antecedentes legislativos y jurisprudenciales en el marco de la prevalencia del secreto profesional sobre el deber de denuncia que les asiste a todos los ciudadanos. Para el caso específico del revisor fiscal, el artículo 7° de la Ley 1474 de 2011 estableció

⁷⁷ Corte Constitucional, T-214 de 2004.

⁷⁸ Corte Constitucional, C-832 de 2006.

como causal para cancelar la inscripción de un Contador Público la de “no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis (6) meses siguientes a que haya conocido el hecho o tuviera la obligación legal de conocerlo, actos de corrupción (sic). En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional”.

Desde luego, este tema fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en contra del mismo artículo 7º, y frente a la cual se precisó lo siguiente:

“[E]n este sentido dijo expresamente la Corporación que la labor del revisor fiscal no se agota en la simple asesoría o conservación de expectativas privadas. La suya es “una tarea que involucra intereses que van más allá de la iniciativa particular y atañe, por tanto, a la estabilidad económica y social de la comunidad. Es pues natural que de tan importante papel se desprendan aún más importantes deberes, propios sí de todo ciudadano, pero que en cabeza de los revisores de la actividad social adquieren trascendencia impar. Por eso cuando se habla de la necesidad de poner en conocimiento de las autoridades aquellos hechos que afectan el normal desenvolvimiento de la sociedad mercantil y que en muchos casos pueden violar leyes vigentes, elevamos el ya referido principio de solidaridad del nivel de colaboración y complementación de la actividad estatal, al de verdadero control de la conducta social y defensa de los derechos jurídicamente reconocidos. No se trata entonces de una carga accesoria o secundaria, eventualmente exigible a algunos agentes, sino de la renovación del compromiso colectivo de la comunidad de cooperar efectiva y realmente con el Estado y contribuir a la eficacia de las garantías reconocidas por el derecho. Se evidencia aquí una característica fundamental de la estructura de nuestro Estado, a saber, que los principios de libertad, participación, solidaridad y buena fe, que definen los textos constitucionales, han de aplicarse no solo en el ámbito de los derechos y de lo que se espera de los demás, sino en el de los deberes, del comportamiento propio, del compromiso con la sociedad”⁷⁹.

Esta base jurídica sería extensiva para justificar la inclusión de los abogados y jefes de control interno, en cuanto son profesiones que tienen acceso privilegiado a la información que puede ser constitutiva de operaciones sospechosas o de ejecución de delitos contra la administración pública. La propuesta está encaminada a reforzar la trascendencia del principio de solidaridad consagrado en el artículo 95 Superior, y que

en este caso cobra vigencia al entregar una herramienta efectiva a las autoridades para perseguir e investigar acciones que atenten contra los intereses estatales y colectivos protegidos en los tipos penales asociados a la corrupción.

– Constitucionalidad de la norma

Ya se anotó anteriormente que la propuesta contenida en el artículo en examen, se fundamenta parcialmente en la prevalencia del interés general sobre el particular. Hay razones para afirmar que cuando se trata de delitos contra la administración pública o hechos de corrupción en general, se están afectando intereses públicos medidos en términos de detrimento patrimonial y transparencia en la administración pública. Esa característica esencialmente sustenta la tesis de que en estos casos el secreto profesional no puede estar por encima del deber de denuncia de esa clase de acciones criminales.

Empero, es necesario precisar que la misma jurisprudencia ha establecido que en los casos donde se enfrente el secreto profesional con el deber de denuncia de delitos, no pueden operar reglas generales, sino que, deberá atenderse criterios de ponderación. Concretamente, la Corte Constitucional estableció frente al tema lo siguiente:

“[A]dicionalmente, esta interpretación reconoce que las causales de justificación o de exclusión de la responsabilidad como el estado de necesidad permiten la solución de conflictos jurídicos, que de lo contrario presentarían soluciones inconstitucionales que deben ser rechazadas en una interpretación conforme a la Constitución. En este sentido, el abogado que en virtud de la relación profesional con su cliente ha conocido de la futura comisión de un delito se encuentra en una situación límite entre su sanción por la revelación del secreto y su condena por omisión de denuncia, omisión de socorro u comisión por omisión al no haber impedido la comisión del delito. En estos casos, no pueden formularse reglas generales, sino que debe atenderse a criterios particulares de ponderación propios del estado de necesidad”⁸⁰.

Con fundamento en lo expuesto puede concluirse que la norma propuesta no está vulnerando principios o mandatos de orden constitucional, simplemente es el resultado de la libertad de configuración legislativa en materia penal, y adicionalmente, se está sosteniendo la línea jurisprudencial que sobre esta materia ha proferido la Corte Constitucional.

NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2012. Reiteración de los argumentos contenidos en la Sentencia C-062 de 1998.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 2012.

**PROYECTO DE LEY NÚMERO 005 DE 2017
CÁMARA**

por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO 1

**Medidas punitivas para sancionar
la corrupción**

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 46 a la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 46. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. La pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá por el mismo tiempo de la pena de prisión impuesta, sin exceder los límites que alude el artículo 51 de este Código, siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades, medie relación de causalidad entre el delito y la profesión o contravenga las obligaciones que de su ejercicio se deriven.

En todas las condenas por delitos contra la administración pública el juez deberá imponer esta pena, cuando el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio haya facilitado la conducta punible.

En firme la sentencia que impusiere esta pena, el juez la comunicará a la respectiva Cámara de Comercio para su inclusión en el Registro Único Empresarial (RUES) o el que haga sus veces, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y demás autoridades encargadas del registro de la profesión, comercio, arte u oficio del condenado, según corresponda”.

Artículo 2°. Modifíquese el artículo 194 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

*“Artículo 194. Divulgación y empleo de documentos reservados. El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro o de la administración de justicia divulgue o emplee el contenido de un documento o información que deba permanecer en reserva, **incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años**, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.*

Artículo 3°. Adiciónese un inciso al artículo 290 de la Ley 599 de 2000, que contemple las circunstancias de agravación punitiva para la falsedad documental, el cual quedará así:

“Artículo 290. Circunstancia de agravación punitiva. La pena se aumentará hasta en la mitad para el copartícipe en la realización de cualesquiera de las conductas descritas en los artículos anteriores que usare el documento, salvo en el evento del artículo 289 de este Código.

Si la conducta recae sobre documentos relacionados con medios motorizados, la pena se incrementará en las tres cuartas partes.

Si la conducta recae sobre documentos públicos o privados relacionados con el sistema general de seguridad social o con programas estatales de atención a niños, niñas y adolescentes, la pena se incrementará en la mitad”.

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”.

Artículo 5°. Modifíquese el artículo 326 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

*“Artículo 326. Testaferrato. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, **o de delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado**, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.*

La misma pena se impondrá cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con dineros provenientes del secuestro extorsivo, extorsión y conexos y la multa será de seis mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (6.666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes”.

Artículo 6°. Modifíquese el artículo 340 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará:

“Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito de particulares, lavado de activos o testaferrato y conexos, Financiamiento

del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, **o delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado**, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

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

“**Artículo 390. Corrupción de sufragante.** El que celebre contrato, condicione su perfección o prórroga, prometa, pague o entregue dinero o dádiva u ofrezca un beneficio particular o en favor de un tercero a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley con el propósito de sufragar por un determinado candidato, partido o corriente política, o para que lo haga en blanco, o se abstenga de hacerlo, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En igual pena incurrirá quien por los mismos medios obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido.

En igual pena incurrirá el sufragante que acepte la promesa, el dinero, la dádiva, el contrato, o beneficio particular con los fines señalados en el inciso primero.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público.

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”.

Artículo 8º. Modifíquese el artículo 396B de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“**Artículo 396B. Violación de límites de gastos de campaña y de aportes máximos de particulares a campañas.** El gerente, candidato, administrador, o auditor de campañas electorales que, con ocasión de sus funciones recaude, invierta o gaste bienes y recursos que superen los topes máximos de gastos fijados por la autoridad electoral, o recaude, permita o promueva aportes particulares que superen los límites individuales fijados por la legislación electoral, incurrirá en pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión, y multa equivalente al doble del monto excedido por la respectiva campaña.

En igual pena incurrirá el aportante que haga contribuciones o asuma gastos que superen los topes individuales fijados por la legislación electoral.

Para los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá que la asunción de gastos de campaña constituye una modalidad de aporte”.

Artículo 9º. Créese un artículo 403B en la Ley 599 de 2000, que trata sobre las circunstancias de agravación punitiva en los delitos de peculado, el cual quedará así:

“**Artículo 403B. Circunstancia de agravación en programas de infancia.** Las penas previstas en los artículos del presente capítulo se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando las conductas recaigan sobre programas destinados a la infancia”.

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 exservidor 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”.

Artículo 11. Créese un artículo 407B en la Ley 599 de 2000, que trata sobre las circunstancias de agravación del cohecho, el cual quedará así:

“**Artículo 407B. Circunstancias de agravación.** Las penas previstas para los delitos comprendidos en este capítulo se aumentarán en la mitad cuando el dinero, utilidad o promesa remuneratoria fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Artículo 12. Modifíquese el artículo 408 del Código Penal, que trata sobre la violación al

régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el cual quedará así:

“Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, 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.

En la misma pena incurrirá el contratista que intervenga en cualquiera de las conductas señaladas en este artículo”.

Artículo 13. Modifíquese el artículo 410A del Código Penal, sobre acuerdos restrictivos de la competencia, el cual quedará así:

“Artículo 410A. Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en **cualquier etapa de un proceso de contratación estatal se concertare con otro con el fin de alterar ilícita o fraudulentamente** el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

En la misma pena incurrirá quien se concerte para los fines descritos en el inciso anterior en cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos”.

Parágrafo. El que en su condición de delator o elemento mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilitación para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

Artículo 14. Créese un artículo 411A en la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 411A. Interés indebido en actuación administrativa. El servidor público que con propósitos económicos se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de actuación administrativa en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, 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”.

Artículo 15. Modifíquese el artículo 412 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.

Si el incremento patrimonial injustificado supera el valor de cien (100) salarios mínimos legales vigentes la pena se aumentará hasta en la mitad.

Artículo 16. Modifíquese el artículo 415 de la Ley 599 de 2000, que trata sobre las circunstancias de agravación punitiva del delito de prevaricato, el cual quedará así:

“Artículo 415. Circunstancia de agravación 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 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.

La pena se incrementará en la mitad cuando el sujeto activo haga parte de la rama judicial, administre justicia de manera permanente o transitoria, pertenezca al nivel directivo de una autoridad administrativa, o la conducta derive perjuicio del patrimonio del Estado”.

Artículo 17. Modifíquese el artículo 418 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 418. Revelación de secreto. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en pena de prisión de **tres (3) a cinco (5) años** y multa de veinte (20) a ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por diez (10) años.

Si de la conducta resultare perjuicio, **la pena será de cinco (5) a ocho (8) años de prisión**, multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por diez (10) años”.

Artículo 18. Modifíquese el artículo 419 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“*Artículo 419. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.* El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, **incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años y pérdida del empleo o cargo público**, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor”.

Artículo 19. Modifíquese el artículo 420 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“*Artículo 420. Utilización indebida de información oficial privilegiada.* El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea este persona natural o jurídica, **incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años y pérdida del empleo o cargo público**”.

Artículo 20. Modifíquese el artículo 422 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“*Artículo 422. Favorecimiento electoral.* El servidor público que utilice la investidura, función o los recursos públicos con la finalidad de favorecer electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de diez mil (10.000) a veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

Artículo 21. Modifíquese el artículo 431 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“*Artículo 431. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública.* El que habiéndose desempeñado como servidor público ~~durante el año anteriormente anterior~~ utilice, en provecho propio o de un tercero, información obtenida en calidad de tal y que no sea objeto de conocimiento público, **incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años**”.

Artículo 22. Modifíquese el artículo 441 de la ley 599 de 2000, que trata sobre la omisión de denuncia de particular, el cual quedará así:

“*Artículo 441. Omisión de denuncia de particular.* El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con

actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, **delitos contra la administración pública contemplados en el Título XV, Capítulos I al VII, de este libro**, y cualquiera de las conductas contempladas en el Título II y en el Capítulo IV del Título IV de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años”.

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”.

Artículo 24. Modifíquese el artículo 446 del C. P., que trata sobre el favorecimiento, el cual quedaría con un agravante, así:

“*Artículo 446. Favorecimiento.* El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, **lavado de activos, testaferrato**, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, **o delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado**, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Cuando el favorecimiento consista en la prestación de servicios profesionales o de asesoría para evitar la identificación, rastreo o ubicación de dinero, bienes o rentas provenientes de actividades ilícitas las penas previstas en este artículo se aumentarán en la mitad del mínimo”.

~~Si se tratare de contravención se impondrá multa.~~

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”.

CAPÍTULO 2

Medidas procesales para combatir la corrupción

Artículo 26. Modifíquese el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, que trata sobre la competencia de los jueces de control de garantías, los cuales quedarán así:

“Artículo 39. De la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal, los cuales tendrán competencia en todo el territorio nacional. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.

Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y solo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, el del municipio más próximo.

Parágrafo 1°. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Parágrafo 2°. Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces municipales, un número determinado y proporcional de jueces ejercerán exclusivamente la función de control de garantías, de acuerdo con la distribución y organización dispuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o de los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta.

Parágrafo 3°. Habrá jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde solo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación o en los que exista problemas de seguridad de los funcionarios.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, autorizará, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta, su desplazamiento y su seguridad.

Parágrafo 4°. Cuando los jueces de control de garantías deban resolver sobre las solicitudes de revocatoria, libertad o sustitución de medida de aseguramiento solo podrá ser solicitada ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación y

donde se presentó o deba presentarse el escrito de acusación”.

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 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”.

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

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”.

Artículo 31. Adiciónese un parágrafo 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 esta se expida con posterioridad a la formulación de imputación”.

Artículo 32. Modifíquese el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 292. Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a cinco (5) años”.

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.

“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”.

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.

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”.

Artículo 35. Modifíquese el artículo 410 de la Ley 906 de 2004, el cual quedaría así:

“Artículo 410. Obligatoriedad del servicio de peritos. El Fiscal General de la Nación o sus delegados podrán solicitar a las entidades públicas o privadas, la designación de expertos en determinada ciencia, arte o técnica, cuando quiera que la naturaleza de las conductas punibles que se investigan requiera de la ilustración de tales expertos.

El director de la entidad o dependencia pública o privada realizará la designación dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo del requerimiento de la Fiscalía. La designación como perito será de forzosa aceptación y solo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, haber sido designado como perito en otra actuación en curso, o cuando exista una razón que, a juicio del fiscal del caso, pueda incidir negativamente en la investigación.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones consagradas en este parágrafo o del deber de comparecer al juicio oral dará lugar a falta disciplinaria gravísima en el caso de los servidores públicos o la imposición de multa de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para los particulares”.

Artículo 36. Créese un artículo 429A en la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 429A. Cooperación interinstitucional en materia de investigación criminal. Los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, recopilada o producida por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias y con observancia de los procedimientos propios de las actuaciones disciplinarias, fiscales o sancionatorias, podrán ser utilizados e incorporados a las indagaciones o investigaciones penales correspondientes.

Los conceptos, informes, experticias y demás medios de conocimiento obtenidos, recolectados o producidos por las autoridades administrativas en desarrollo de sus competencias, podrán ser ingresados al juicio por quien los suscribe, por cualquiera de los funcionarios que participaron en la actuación administrativa correspondiente o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”.

CAPÍTULO 3.

Medidas administrativas para prevenir la corrupción

Artículo 37. Modifíquese el literal k) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades el cual quedaría así:

“Las personas que **directamente o por interpuesta persona** hayan financiado en **cualquier monto** campañas políticas **a cargos de elección popular** la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.0%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos **ni subcontratar** con las entidades públicas o **sus contratistas**, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal, **junta directiva** o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona **campañas políticas a cualquier cargo de elección popular**. ~~Campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías”.~~

El incumplimiento a lo aquí dispuesto dará lugar a las sanciones contempladas en el Código Penal para estas conductas.

~~La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales”.~~

Artículo 38. Adiciónese un inciso 4° al literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, el cual quedará así:

“Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la

decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También serán inhábiles para contratar las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión o cancelación de la personería jurídica en los términos del artículo 91 de la Ley 906 de 2004, o cuyos representantes legales administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices y subordinadas y las sucursales de sociedades extranjeras, que hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la administración pública o el patrimonio del Estado”.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

Artículo 39. Adiciónese un parágrafo 3° al artículo 8° de la Ley 80 de 1994, que trata sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, el cual quedará así:

“Parágrafo 3°. **Las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en este artículo se aplicarán a cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos”.**

CAPÍTULO 4

Disposiciones complementarias

Artículo 40. *Conservación de documentos de personas jurídicas sin ánimo de lucro.* Para los efectos previstos en esta ley, las fundaciones, asociaciones, corporaciones y cualquier persona jurídica sin ánimo de lucro, deberá conservar la información relacionada con su existencia y representación legal, reformas y actividades estatutarias, libros de actas, registros contables, inventarios y estados financieros cuando a ellos haya lugar, por el término de diez años, contados desde la fecha de producción o elaboración del documento, o fecha del último asiento contable. Transcurrido este lapso, podrán ser destruidos, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta.

Artículo 41. *Sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas de corrupción.* Los contadores, revisores fiscales y jefes de control interno de entidades públicas y privadas están obligados a reportar operaciones inusuales o sospechosas de corrupción a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), en los términos, condiciones, actividades o sectores que para el efecto señale el Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Ministerio de Justicia y del Derecho deberá expedir la reglamentación correspondiente dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

Artículo 42. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA
Fiscal General de la Nación

CÁMARA DE REPRESENTANTES
SECRETARÍA GENERAL

El día 20 de julio de 2017 ha sido presentado en este Despacho el Proyecto de ley número 005 con su correspondiente exposición de motivos, por doctor *Néstor Humberto Martínez Neira*.

El Secretario General,

Jorge Humberto Mantilla Serrano.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 006 DE 2017
CÁMARA

por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C.,

Honorable Presidente:

RODRIGO LARA

Cámara de Representantes de la República de Colombia

Honorable Congreso de la República

Bogotá, D. C.

Referencia: Remisión Proyecto de ley número 006 de 2017 Cámara, por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Honorable Presidente de la Cámara de Representantes, reciba un cordial saludo:

Para su consideración y trámite, nos permitimos presentar el proyecto de ley, *por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*, y su correspondiente exposición de motivos, el cual viabiliza los concursos de ascenso en el empleo público y la capacitación de los servidores públicos.

Con este proyecto de ley se está dando cumplimiento a uno de los acuerdos del acta final de acuerdo de la negociación colectiva de solicitudes de las organizaciones sindicales de

empleados públicos suscrita el 29 de junio de 2017.

Cordialmente,


GUILLERMO RIVERA FLÓREZ
Ministerio del Interior


LILIANA CABALLERO DURÁN
Directora del Departamento
Administrativo de la Función Pública

Anexo lo enunciado.

PROYECTO DE LEY 006 DE 2017 CÁMARA

por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

“Artículo 24. *Encargo.* Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente. En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, serán encargados quienes acrediten evaluación satisfactoria.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos para su desempeño. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más”.

Artículo 2º. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

“Artículo 29. *Concursos* La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso y los adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que se delegue o desconcentre esta función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar podrán participar las

personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad reconocer el alto desempeño de los servidores escalafonados en la carrera y permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos escalafonados en la carrera general, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar escalafonado en la carrera general.
2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del empleo.

Parágrafo. Si el empleado en el último año no ha sido evaluado por la ocurrencia de alguna situación administrativa o por actividad sindical debidamente autorizada, se tomará para todos los efectos legales la última calificación.

Artículo 3°. El literal g) del artículo 6° del Decreto-ley 1567 de 1998 quedará así:

“g) Profesionalización del servidor público. Los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y bienestar que adelante la entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa”.

Artículo 4°. El Gobierno nacional desarrollará mecanismos de movilidad horizontal en el empleo público, con el propósito de evaluar de manera progresiva el mérito y garantizar la capacitación permanente de los servidores públicos, aspectos esenciales para su desarrollo, el mejoramiento

de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y la eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

La movilidad deberá basarse en criterios de mérito, medido a través de pruebas escritas de conocimientos o de competencias, aplicadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la permanencia en el servicio, la evaluación del desempeño, la capacitación y la formación adquiridas.

Para el desarrollo de las modalidades de movilidad horizontal se deberá tener en cuenta el marco de gasto de mediano plazo y las disponibilidades presupuestales.

Artículo 5°. Las normas previstas en la presente ley, se aplicarán a los servidores que se rigen en materia de carrera por los sistemas específicos de origen legal. El Gobierno nacional reglamentará la materia.

Artículo 6°. La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998 y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

El Ministro del Interior

GUILLERMO RIVERA FLÓREZ

La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública

LILIANA CABALLERO DURÁN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

El presente proyecto de ley que modifica algunos aspectos de la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, que se presenta al Honorable Congreso de la República, tiene como principal objetivo la inclusión de los concursos públicos de ascenso en el modelo de empleo público, ajustar las condiciones para otorgar los encargos a los empleados públicos de carrera administrativa y facilitar la capacitación a todos los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación.

La carrera administrativa es por esencia móvil pues, de no serlo, deja de ser carrera y se convierte en simple procedimiento de ingreso al servicio público, sin que en este último evento los empleados así vinculados sientan la necesidad de capacitarse y mejorar su rendimiento laboral en la medida en que ya obtuvieron todo lo que les podía aportar el sistema: un empleo y un salario.

Una verdadera carrera administrativa debe permitir a los funcionarios y empleados que formen parte de ella ascender dentro del sistema, mejorando su grado de remuneración y su nivel dentro de la organización hasta alcanzar las más altas posiciones dentro de la respectiva planta de personal, lo cual solo es posible a través de concursos de ascenso, donde participan los mejores funcionarios de la correspondiente entidad, en la medida en que, como lo explicó la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-063 de 1997, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero, en sana lógica solo puede ascender quien forme parte de la respectiva carrera.

Si bien es cierto, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, constituye un importante avance que ha permitido dar pasos trascendentales para impulsar y generar la cultura del mérito para el ejercicio de la función pública y para que las entidades públicas adoptarán los instrumentos requeridos para tecnificar la administración de personal o mejorar los existentes, también lo es que se requiere viabilizar el ascenso en la carrera de los empleados que ostentan derechos de carrera.

En Colombia, los servidores públicos (1.148.730)¹ corresponden al 2,34% de la población nacional (49.021.139 habitantes – DANE, proyección a 31 de diciembre de 2016), de los cuales el 98,2% (1.128.263) pertenecen a las entidades estatales, mientras que los trabajadores oficiales representan el 0,04% (20.467). El mayor número de personas al servicio del Estado está en la Rama Ejecutiva, con 1.053.198 empleados, de los cuales en el Orden Nacional se encuentran 108.664 empleos; siendo los sectores con mayor concentración de servidores públicos, el de Defensa (23%) y Justicia (18%).

Según el Plan Anual de Vacantes 2016, el nivel de empleos que se encuentran en vacancia definitiva alcanza aproximadamente el 28.6% de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y cerca del 70% en el Orden Territorial; lo que refleja una vacancia de cerca del 30% en el nivel nacional y 70% en el nivel territorial. Las exigencias sobre el Estado han venido creciendo durante los últimos años y las necesidades de fuerza laboral se han venido supliendo mediante la contratación de personal al margen de la nómina.

Así mismo, según el FURAG² (2016), de 126 entidades del Orden Nacional, el 16% incluyeron

en el Plan Anual de Adquisiciones recursos para la provisión por concurso de empleos de carrera.

Los actuales mecanismos de reclutamiento, ingreso, promoción y evaluación de los servidores públicos son insuficientes y no tienen en cuenta las necesidades de la administración pública.

Hoy la provisionalidad en el nivel territorial llega al 70% de los servidores lo que además de vulnerar los principios constitucionales de mérito y de igualdad en el acceso al empleo público, afecta la generación de capacidades en las instituciones, por la alta rotación del personal, lo que hace que se deba impulsar una reforma a las normas que regulan el empleo público.

2. Inclusión de los concursos públicos de ascenso en el modelo de empleo público

La Constitución de 1991, en su artículo 125, fue enfática en señalar que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.” También establece que “los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público” y que “el ingreso a los cargos de carrera y el **ascenso** en los mismos se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, la carrera es la regla general para la provisión de empleos en el ámbito de la función pública.

Así mismo, la Constitución Política³ reiteró la previsión constitucional del artículo 62 de la Carta anterior, según la cual en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para empleos públicos de carrera, su promoción o retiro.

De acuerdo con lo anterior el ingreso y el ascenso en cargos de carrera, conforme a la preceptiva del mencionado artículo 125 superior, deben obedecer al previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. De este modo, el Constituyente dejó en manos del Legislador la facultad de determinar los requisitos y límites de la carrera administrativa.

Si bien, el sistema de carrera administrativa tiene como pilar fundamental el mérito, de ello no puede seguirse que la única forma de provisión definitiva de los empleos públicos de carrera sea el concurso abierto, pues esa conclusión no emerge del texto constitucional ni puede inferirse de sus principios fundantes, que, por el contrario, garantizan la existencia de la carrera administrativa como un concepto dinámico, y no estático.

En la actualidad la Ley 909 de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se

¹ Información con corte a febrero de 2017.

² Formulario único de Reporte de Avances de la Gestión: Herramienta con la que cuenta el Modelo Integrado de Planeación y Gestión como instrumento de articulación y reporte de la planeación, para capturar, monitorear y evaluar los avances sectoriales e institucionales en la implementación de las políticas de desarrollo administrativo de la vigencia anterior al reporte.

³ Artículo 125.

dictan otras disposiciones” regula en su artículo 24 el encargo y en el 29 los concursos de mérito para la provisión definitiva de los empleos de carrera.

El artículo 29 de la citada ley señala:

“Concursos. Los concursos para el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. (...)”.

Si bien en el sistema de concurso público y abierto existe igualdad de oportunidades para todas las personas de acceder al servicio público y ocupar empleos de carrera administrativa, lo cierto es que una vez se supera el período de prueba respectivo, el empleado es escalafonado adquiriendo un estatus diferente y especial frente a las demás personas que no se encuentran vinculados al servicio y pretenden ingresar o que se encuentran vinculados sin ostentar derechos de carrera. De esta especial condición, la del empleado escalafonado, se derivan unos derechos ciertos y específicos, reconocidos como “derechos adquiridos” por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como son: la estabilidad, la capacitación, la posibilidad de obtener estímulos como encargos y comisiones para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, entre otros, que obviamente no son comunes a los demás servidores y ciudadanos, y en particular el derecho de ascender en la carrera administrativa consagrado en el artículo 125 superior.

3. La movilidad y el ascenso dentro de la carrera administrativa

La carrera administrativa debe permitir al funcionario escalafonado su derecho a ascender dentro de la jerarquía administrativa, a través de un sistema objetivo de promoción y de garantía del mérito, como lo es el concurso de ascenso, que encuentra un claro respaldo constitucional en el artículo 125 superior, que debe permitirle al personal ya inscrito en la carrera administrativa, a lo largo de su vida profesional y productiva al servicio del Estado, tanto la consolidación de una mejor retribución, como el acceso a puestos de trabajo más cualificados.

Si se aspira a la consolidación de una función pública altamente profesionalizada, que contribuya de una manera adecuada al logro de los fines esenciales del Estado (artículo 2°), es imprescindible que se viabilice la dinamización y promoción de la carrera administrativa, para que no sólo se cuente con personal adecuado y calificado, sino que se les permita a quienes han accedido al servicio público a través de concursos públicos y abiertos, es decir, a quienes ya han demostrado, al ingreso, el mérito para el desempeño de funciones y cargos públicos, escalar dentro del sistema a través de concursos meritocráticos de ascenso, de manera que puedan acceder a cargos de mayor responsabilidad y retribución.

La carrera administrativa tiene, por tanto, un doble significado: para el funcionario escalafonado constituye una garantía de que va a poder progresar hacia mejores puestos de trabajo, sabiendo de este modo que su esfuerzo continuado en el trabajo y su consecuente evaluación del desempeño van a ser recompensados a través de su posibilidad de participación y superación de los concursos de ascenso programados. Para la Administración supone que va a poder contar de un contingente laboral altamente motivado y además especializado en las labores propias de las entidades, que puede asumir de manera inmediata las riendas de sus nuevos roles institucionales, sin que resulte necesario, por tanto, en todos los casos, acudir a concursos públicos y abiertos para la provisión definitiva de sus vacantes.

No puede perderse de vista que la razón del servicio público es la adecuada satisfacción de necesidades del ciudadano, en procura de garantizar el interés general, que se satisface de una manera más adecuada cuando es prestado por personal que aquilata una mayor experiencia, lo cual no constituye una negación de los concursos públicos y abiertos, en cuanto estos últimos constituyen la regla general para el ingreso al empleo público y también deben ser utilizados en la generalidad de los casos para proveer los cargos de carrera administrativa pertenecientes a la planta global de la respectiva entidad.

Tampoco puede desconocerse que dentro del documento de revisión⁴ preparado en el contexto de la decisión del Consejo de la OCDE del 30 de mayo de 2013 de invitar a Colombia a unirse a dicha organización, actualmente en ejecución, se sostiene que en Colombia no existe movilidad en el empleo, toda vez que los funcionarios son nombrados para un empleo en particular y para lograr un ascenso deben participar en un concurso público, lo que significa que las nuevas necesidades de personal tienen que ser cubiertas mediante la creación de nuevas vacantes que no son provistas mediante la redistribución del personal existente.

Sobre este punto, la OCDE asevera que la situación podría mejorar mediante la creación de posibilidad de movilidad y redistribución del personal dentro y entre las organizaciones, de modo que las nuevas provisiones en los empleos no sea la única manera de llenar las vacantes. Afirma que, al parecer, el principal impedimento es el requisito de llenar cada vacante a través de un concurso de reclutamiento, lo que no permite a los servidores públicos progresar a un nivel salarial más alto, sino solo mediante la selección a

⁴ Cuya asesoría fue solicitada por el Gobierno nacional con el propósito de establecer e identificar las prácticas internacionales para mejorar la capacidad de gestión estatal, bajo la égida del Talento Humano como una herramienta estratégica en la generación de empleo y el crecimiento en todo el país.

través de concurso público abierto, para acceder a un puesto en un grado superior.

En efecto, afirma que la falta de una estructura de carrera con ámbito correspondiente para la progresión salarial crea un incentivo adverso para los servidores públicos, ya que emplean su energía en la preparación para los concursos de méritos, en lugar de un buen desempeño en sus actuales puestos de trabajo y la mejora de sus competencias para un mejor desempeño en su trabajo actual. Advierte, además, que el actual sistema de exámenes de reclutamiento no parece suficientemente focalizado y selecto para las habilidades y aptitudes que se requiere para la Función Pública, lo que hace que candidatos con superior experiencia, habilidades y aptitudes puedan ser descalificados por candidatos que son simplemente buenos para pasar exámenes.

En resumen, para la OCDE uno de los aspectos centrales que impiden la consolidación de un modelo eficiente de administración de personal lo constituye la ausencia de regulaciones que permitan el ascenso en la carrera del personal previamente seleccionado por mérito.

Por tanto sí, pese a su intachable constitucionalidad, no admitimos la creación de modelos de selección que posibiliten la dinamización y promoción de la carrera administrativa en Colombia, a través de los concursos de ascenso, estaremos avocados, con el modelo actual, a dificultar que el personal escalafonado de planta pueda mejorar sus condiciones laborales y salariales una vez ingresa al servicio público, optimizando de paso el servicio y los resultados de la administración.

La institucionalización, configuración y promoción del régimen de carrera a través de los concursos de ascenso, le permite al Estado colombiano contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados no solo en lo personal sino en lo institucional; aserto que no dejan duda sobre la conveniencia y la constitucionalidad de los concursos de ascenso.

De acuerdo con el informe final de consultoría sobre movilidad salarial horizontal y vertical en el sector público colombiano del doctor Rafael Jiménez Asencio de mayo de 2015:

“Solo detallar que en el empleo público actual no hay ningún sistema o régimen de movilidad salarial horizontal ni vertical, pues el “ascenso” por concurso externo no puede catalogarse dentro de esa noción, ya que no es propiamente hablando un sistema de promoción interna. Colombia, como se viene señalando, se aleja, así, notablemente de otros países de la región y asimismo de los países de la OCDE, incluso de aquellos que encuadran su función pública dentro de los “sistemas de empleo”.

La carencia de movilidad salarial horizontal y vertical convierte al sistema de carrera

administrativa colombiano en un modelo de fuerte rigidez, sin mecanismos de incentivación y que no promueve el desarrollo profesional de los empleados públicos, lo que transforma al empleo público en una suerte de institución fosilizada o agua estancada, con consecuencias muy negativas sobre el desempeño contextual y con las prestaciones que esa institución provee tanto al Gobierno como a la ciudadanía, que podrían ser infinitivamente mayores si se incentivarán el sistema de movilidad funcional y salarial”.

(...)

“El sistema de función pública en Colombia, siguiendo los parámetros de la OCDE (sentados hace varias décadas), se encuadra dentro de los “sistemas de empleo” o también denominados de “puestos de trabajo”.

La paradoja estriba en que nominalmente (desde la Ley de 1938) el sistema del empleo público colombiano se enuncia de “carrera administrativa”. Sin embargo, sus presupuestos conceptuales y su arquitectura institucional distan mucho (por no decir todo) de los que son las notas características propias de un sistema de career administrativa en la configuración que ha expuesto la OCDE.

El Colombia tradicionalmente se ha identificado el sistema de carrera con la instauración del sistema de mérito en el acceso. Sin embargo, son dos cosas distintas. El mérito es presupuesto de la profesionalización de la función pública, junto con otros atributos clásicos como la inamovilidad o la imparcialidad. Estas tres notas son las que caracterizan o significan a la institución de la función pública.

Pero otra cosa son los modelos de organización o de estructura de esta función pública. Los modelos que la OCDE denomina como de “carrera” o de “empleo” parten del presupuesto de que el mérito es la base en la que se asientan, pues sin esa exigencia no hay garantía de profesionalidad ni se puede otorgar el estatuto de estabilidad ni salvaguardar la imparcialidad o la independencia.

(...) *Ello implicaría reconocer que, sin perjuicio de la caracterización constitucional y legal, el sistema colombiano no es actualmente de career administrativa, sino de empleo o de puesto de trabajo, dado que se accede no a una estructura o agrupación de puestos a partir de cuyo ingreso se hace carrera profesional, sino a su puesto de trabajo o empleo en el que el empleado público se inserta no pudiendo ascender a otros puestos o empleos sino a través de concurso externo en libre concurrencia con los demás aspirantes que quieran competir por ese empleo”.*

Por lo tanto, se propone modificar el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 en el sentido de que el 30% de las vacantes sean provistas a través de concurso de ascenso.

Así mismo, se propone otorgar la competencia al Gobierno nacional para desarrollar mecanismos de movilidad horizontal en el empleo público, con el propósito de evaluar de manera progresiva el mérito y garantizar la capacitación permanente de los servidores públicos, aspectos esenciales para su desarrollo, el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y la eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

La movilidad deberá basarse en criterios de mérito, medido a través de pruebas escritas de conocimientos o de competencias, aplicadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la permanencia en el servicio, la evaluación del desempeño, la capacitación y la formación adquiridas.

Para el desarrollo de las modalidades de movilidad horizontal se deberá tener en cuenta el marco de gasto de mediano plazo y las disponibilidades presupuestales.

4. Sistemas de carrera especial y específico con ascenso de sus servidores

Existen sistemas especiales y específicos con una verdadera carrera en el sentido de que se posibilita la realización de ambos tipos de concursos: de ingreso y de ascenso en la carrera administrativa.

A continuación, se expondrán algunos ejemplos de estas carreras:

– Carrera Diplomática y Consular

El Decreto-ley 274 de 2000, por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, la define como una carrera especial jerarquizada que regula el ingreso, el ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito.

La Carrera Diplomática y Consular regula igualmente las situaciones administrativas especiales de sus funcionarios, tales como alternación, régimen de comisiones, disponibilidad y condiciones laborales especiales. Por virtud del principio de Especialidad, la administración y vigilancia de la carrera diplomática y consular estará a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hará por concurso. Los concursos de ingreso serán abiertos y tendrán por objeto establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular. El ingreso a la carrera sólo podrá hacerse en la categoría de Tercer Secretario.

Los ascensos tienen como finalidad permitir a los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular ascender en el escalafón de la misma en función del mérito, la experiencia y la capacidad. Los ascensos sólo proceden de categoría en categoría.

Las categorías del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular son las siguientes:

- a) Embajador;
- b) Ministro Plenipotenciario;
- c) Ministro Consejero;
- d) Consejero;
- e) Primer Secretario;
- f) Segundo Secretario;
- g) Tercer Secretario.

El ascenso dentro de la Carrera Diplomática y Consular es una promoción a la categoría superior inmediatamente siguiente dentro de la estructura jerárquica o escalafón. El funcionario de la Carrera Diplomática y Consular podrá optar por el ascenso o por permanecer en la categoría del escalafón en la cual se encuentre.

Para ascender en el escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, el funcionario deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Solicitud del interesado;
- b) Tiempo de servicio cumplido;
- c) Aprobación del examen de idoneidad profesional dentro del año inmediatamente anterior a aquel en el cual se cumpla el tiempo de servicio y previa realización del curso de capacitación;
- d) Calificación definitiva satisfactoria de la evaluación del desempeño vigente para el año calendario común inmediatamente anterior a aquel en el cual se produzca el ascenso.

Para ascender de categoría, el funcionario de Carrera deberá reunir en cada categoría el siguiente tiempo:

Tercer Secretario: Tres años, después de aprobado el período de prueba.

Segundo Secretario: Cuatro años.

Primer Secretario: Cuatro años.

Consejero: Cuatro años.

Ministro Consejero: Cuatro años.

Ministro Plenipotenciario: Cinco años.

– Carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

El Decreto-ley 1790 de 2000, por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, establece que las Fuerzas Militares de la República de Colombia son las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

El escalafón de cargos constituye la base para determinar la planta de personal de las Fuerzas Militares. Es la lista de cargos dentro de la respectiva Fuerza, que se establece para cada uno de los grados de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, clasificados

por fuerza, arma, cuerpo y especialidad, mediante una clara definición de la función operacional, logística, administrativa, perfil y requisitos mínimos para el cargo.

La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, comprende los siguientes grados en escala descendente:

OFICIALES

1. Ejército

a) Oficiales Generales

1. General

2. Mayor General

3. Brigadier General

b) Oficiales Superiores

1. Coronel

2. Teniente Coronel

3. Mayor

c) Oficiales Subalternos

1. Capitán

2. Teniente

3. Subteniente

2. Armada

a) Oficiales de Insignia

1. Almirante

2. Vicealmirante

3. Contraalmirante

b) Oficiales Superiores

1. Capitán de Navío

2. Capitán de Fragata

3. Capitán de Corbeta

c) Oficiales Subalternos

1. Teniente de Navío

2. Teniente de Fragata

3. Teniente de Corbeta

3. Fuerza Aérea

a) Oficiales Generales

1. General

2. Mayor General

3. Brigadier General

b) Oficiales Superiores

1. Coronel

2. Teniente Coronel

3. Mayor

c) Oficiales Subalternos

1. Capitán

2. Teniente

3. Subteniente

SUBOFICIALES

1. Ejército

a) Sargento Mayor de Comando Conjunto

b) Sargento Mayor de Comando

c) Sargento Mayor

d) Sargento Primero

e) Sargento Viceprimero

f) Sargento Segundo

g) Cabo Primero

h) Cabo Segundo

i) Cabo Tercero

2. Armada

a) Suboficial Jefe Técnico de Comando Conjunto

b) Suboficial Jefe Técnico de Comando

c) Suboficial Jefe Técnico

d) Suboficial Jefe

e) Suboficial Primero

f) Suboficial Segundo

g) Suboficial Tercero

h) Marinero Primero

i) Marinero Segundo

3. Fuerza Aérea

a) Técnico Jefe de Comando Conjunto

b) Técnico Jefe de Comando

c) Técnico Jefe

d) Técnico Subjefe

e) Técnico Primero

f) Técnico Segundo

g) Técnico Tercero

h) Técnico Cuarto

i) Aerotécnico

Los Oficiales ingresarán a las Fuerzas Militares como Subteniente en el Ejército, en el Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada y en la Fuerza Aérea y como Teniente de Corbeta en los demás cuerpos de la Armada. Los Suboficiales ingresarán a las Fuerzas Militares como Cabos Terceros en el Ejército y en el Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada, como Marinero Segundo en los demás cuerpos de la Armada y como Suboficial Aerotécnico en la Fuerza Aérea.

Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares ingresarán al escalafón en período de prueba por el término de un (1) año durante el cual serán evaluados para apreciar su eficiencia, adaptación y condiciones para el servicio y podrán ser retirados en cualquier momento cuando se evidencie deficiencia, falta de adaptación y/o de condiciones para el desempeño en el cargo o servicio, o a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento del período de prueba.

Los oficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;
- b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales reglamentarias;
- c) Adelantar y aprobar los cursos de ascenso reglamentarios;
- d) Acreditar aptitud sicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;
- e) Acreditar los tiempos mínimos de mando de tropa, embarco o vuelo, para los grados de Subteniente, Teniente, Capitán y sus equivalentes en la Armada Nacional, como se estipula en el presente decreto;
- f) Concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa;
- g) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el Reglamento de Evaluación y Clasificación.

Los Suboficiales de las Fuerzas Militares podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior, cuando cumplan los siguientes requisitos mínimos:

- a) Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado en el presente decreto;
- b) Capacidad profesional, acreditada con las evaluaciones anuales y las calificaciones de los cursos y exámenes para ascenso establecidos por los respectivos comandos de fuerza;
- c) Acreditar aptitud psicofísica de acuerdo con el reglamento vigente;
- d) Acreditar los tiempos mínimos de servicio en tropas o de embarco, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional;
- e) Tener la clasificación para ascenso de acuerdo con el reglamento de Evaluación y Clasificación.

Los siguientes tiempos mínimos de servicio en cada grado como requisito para ascender al grado inmediatamente superior.

- a) Oficiales
 1. Subteniente o Teniente de Corbeta cuatro (4) años.
 2. Teniente o Teniente de Fragata cuatro (4) años.
 3. Capitán o Teniente de Navío cinco (5) años.
 4. Mayor o Capitán de Corbeta cinco (5) años.
 5. Teniente Coronel o Capitán de Fragata cinco (5) años.
 6. Coronel o Capitán de Navío cinco (5) años.
 7. Brigadier General, Contraalmirante cuatro (4) años.
 8. Mayor General o Vicealmirante cuatro (4) años.

b) Suboficiales

1. Cabo Tercero, Marinero Segundo o Aerotécnico tres (3) años.
2. Cabo Segundo, Marinero Primero o Técnico Cuarto tres (3) años.
3. Cabo Primero, Suboficial Tercero o Técnico Tercero cuatro (4) años.
4. Sargento Segundo, Suboficial Segundo o Técnico Segundo cinco (5) años.
5. Sargento Viceprimero, Suboficial Primero o Técnico Primero cinco (5) años.
6. Sargento Primero, Suboficial Jefe o Técnico Subjefe cinco (5) años.
7. Sargento Mayor, Suboficial Jefe Técnico o Técnico Jefe tres (3) años.
8. Sargento Mayor de Comando, Suboficial Jefe Técnico de Comando o Técnico Jefe de Comando tres (3) años.

Lo anterior constituye el Escalafón militar de Colombia ordenados por grado y antigüedad, en el sistema jerárquico que establece la escala de mando.

– Carrera docente

Los Decretos Ley 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente y 1278 de junio 19 de 2002, por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente, adoptan un escalafón docente, entendido como sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y superación de competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.

Los docentes que se vincularon antes del año 2002, se rigen por el Decreto-ley 2277 de 1979, que aún se encuentra vigente para quienes se vincularon antes de ese año.

Este escalafón está compuesto por los grados A y B y 14 categorías (1 a 14) donde:

- Los normalistas, ingresaban en la categoría 1
- Los tecnólogos, ingresaban en la categoría 5
- Los licenciados y profesionales en la categoría 7

En este modelo, los ascensos se dan por tiempo de servicio, capacitación por créditos y títulos académicos.

Los docentes que ingresaron al sector público después del año 2002, se rigen por el Decreto-ley 1278 y por tanto tienen el siguiente esquema:

El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados (1, 2, 3). Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado

estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).

Quienes, finalizado el concurso docente, superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias.

Los requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente son los siguientes:

Grado Uno:

- a) Ser normalista superior.
- b) Haber sido nombrado mediante concurso.
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.

Grado Dos:

a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación.

b) Haber sido nombrado mediante concurso.

c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.

Grado Tres:

a) Ser Licenciado en Educación o profesional.

b) Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza - aprendizaje de los estudiantes.

c) Haber sido nombrado mediante concurso.

d) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias, ahora en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.

Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

– Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional

El Decreto-ley 407 de 1994, por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, establece que para efectos de mando, régimen disciplinario, obligaciones y derechos, las categorías de oficiales, Suboficiales, Dragoneantes, Alumnos y Auxiliares de Guardia comprenden los siguientes grados:

a) Categoría de oficiales:

1. Comandante Superior.
2. Mayor.

3. Capitán.

4. Teniente;

b) Categoría de Suboficiales:

1. Inspector Jefe.

2. Inspector.

3. Subinspector;

c) Categoría de Dragoneantes:

1. Dragoneantes.

2. Distinguidos;

d) Categoría de alumnos y auxiliares de guardia:

1. Alumnos aspirantes a Dragoneantes.

2. Servicio militar de bachilleres.

Los empleados escalafonados en carrera penitenciaria tendrán prelación para ser ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior. Todo ascenso deberá producirse mediante curso o concurso, el que debe realizarse para asegurar la igualdad de oportunidades al personal que reúna los requisitos exigidos; se tendrá en cuenta además la antigüedad, méritos laborales, calificación de servicios, cursos de capacitación o especialización y calidades especiales.

Los ascensos del personal de Oficiales, Suboficiales y Dragoneantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se conferirán con sujeción al lleno de los siguientes requisitos, de acuerdo con las vacantes existentes:

a) Tener el tiempo mínimo del servicio efectivo establecido para cada grado;

b) Adelantar y aprobar los cursos respectivos;

c) Acreditar aptitud psicofísica certificada por la Caja Nacional de Previsión o su equivalente;

d) Concepto favorable de la Junta de Carrera Penitenciaria;

e) Aprobar la evaluación y calificación de acuerdo con el reglamento;

f) Los demás requisitos establecidos en el presente decreto.

– Cuerpos oficiales de Bomberos

El Decreto-ley 256 de 2013, por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera para los Cuerpos Oficiales de Bomberos, señala el objeto, los principios rectores, el campo de aplicación del Sistema Específico de Carrera de los Cuerpos Oficiales de Bomberos. Así mismo, señala la clasificación de los empleos (operativos o administrativos), las categorías de oficiales y suboficiales, los mecanismos de ingreso y ascenso, y la regulación de los empleos de carrera, entre otros aspectos.

Se entiende por Escalafón de los Cuerpos Oficiales de Bomberos el sistema de clasificación del personal que presta sus servicios en los

Cuerpos Oficiales de Bomberos de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia y desarrollo en la carrera con base en la idoneidad demostrada en su labor.

El ascenso en el escalafón se hará a través de procesos de selección públicos y abiertos, en los cuales podrán participar en igualdad de condiciones todos los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del cargo.

Para que un empleado operativo cambie de grado en el escalafón es indispensable que además de cumplir con los requisitos señalados, exista, al interior de la respectiva planta de personal, el empleo vacante de forma definitiva en el grado inmediatamente superior; de no existir la vacante definitiva el empleado del Sistema Específico de Carrera permanecerá en su cargo y grado hasta que se produzca el ascenso o se genere una de las causales de retiro.

El Escalafón del Cuerpo Operativo de los Cuerpos Oficiales de Bomberos estará conformado por dos (2) categorías: Oficiales y Suboficiales. Cada categoría está conformada por diferentes grados, así:

a) Categoría de Oficiales:

1. Comandante de Bomberos.
2. Subcomandante de Bomberos.
3. Capitán de Bomberos.
4. Teniente de Bomberos.
5. Subteniente de Bomberos.

b) Categoría de Suboficiales:

1. Sargento de Bomberos.
2. Cabo de Bomberos.
3. Bombero.

El ascenso en el escalafón se hará de manera gradual y secuencial a través de la superación de procesos de selección, en los cuales podrán participar quienes reúnan los requisitos y competencias exigidas para el desempeño de los empleos.

De conformidad con las vacantes existentes para ingreso a los Cuerpos Oficiales de Bomberos se exigen como mínimo los siguientes requisitos:

1. Ser colombiano.
2. Ser mayor de 18 años.
3. Tener definida su situación militar.
4. Ser bachiller en cualquier modalidad.
5. No haber sido o estar condenado a penas privativas de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni tener antecedentes disciplinarios y/o fiscales vigentes.
6. Poseer licencia de conducción mínimo C1 o equivalente vigente.

Para el ascenso en el escalafón de bomberos se deberá cumplir con los requisitos señalados en el Decreto-ley 785 de 2005, y con los siguientes, de acuerdo con las vacantes existentes:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio efectivo establecido para cada grado.

2. Inscribirse en la convocatoria para la provisión de empleos del Cuerpo Oficial de Bomberos.

3. Superar las pruebas previstas en el concurso.

4. No haber sido o estar condenado a penas privativas de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni tener antecedentes disciplinarios y/o fiscales vigentes.

Los siguientes son los tiempos mínimos, como requisito para ascender al grado inmediatamente superior:

a) Categoría de Oficiales:

1. Comandante de Bomberos: Tres años de Subcomandante de Bomberos.

2. Subcomandante de Bomberos: Tres años de Capitán de Bomberos.

3. Capitán de Bomberos: Cuatro años de Teniente de Bomberos.

4. Teniente de Bomberos: Cuatro años de Subteniente.

5. Subteniente: Cuatro años de Sargento de Bomberos.

b) Categoría de Suboficiales:

1. Sargento de Bomberos: Cuatro años de Cabo de Bomberos.

2. Cabo de Bomberos: Cuatro años de Bombero.
– Fiscalía General de la Nación

El Decreto-ley 20 de 2014, por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas, establece que los concursos o procesos de selección para proveer los cargos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas serán de ingreso y de ascenso.

En los concursos de ingreso para la provisión definitiva de los empleos de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas se adelantarán podrán participar todas las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos, sin ningún tipo de discriminación.

También se podrán adelantar concursos de ascenso con la finalidad de reconocer la capacitación y desempeño de los servidores escalafonados en la carrera especial y permitirles la movilidad a un cargo o categoría inmediatamente superior dentro del mismo grupo o planta de personal.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico.

2. Existan servidores públicos escalafonados en la carrera especial, en el grado salarial inferior, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declara desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar escalafonado en la Carrera Especial.
2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo.
3. Haber obtenido calificación sobresaliente de la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior.
4. No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

Sobre el particular, el ex Comisionado Nacional del Servicio Civil, Pedro Alfonso Hernández Martínez, expresa lo siguiente:

“... la Constitución Política de 1991 posibilita la realización de ambos tipos de concursos: de ingreso y de ascenso en la carrera administrativa. El primero, dirigido a todos los interesados en ingresar al servicio de la Administración; el segundo, para garantizar la movilidad interna a quienes ya hacen parte del sistema de carrera. Lo que no debe es confundirse ni asimilarse concurso de ascenso con concurso cerrado y concurso de ingreso con concurso abierto, porque las expresiones abiertos y cerrados dan cierta sensación de ilegitimidad. Además, si la Constitución impidiera los concursos de ascenso, serían inconstitucionales las disposiciones sobre los ascensos en varios sistemas especiales de carrera. Entre otras, la carrera diplomática y consular, la carrera de la policía nacional o la carrera militar.

“De otro lado, debe tenerse presente que la movilidad horizontal y vertical al interior del sistema de carrera produce un impacto positivo en los empleados que de él hacen parte, porque saben que de su rendimiento y desempeño, en comparación con los demás empleados de carrera, dependerán las oportunidades para el ascenso en el sistema y su consecuente mejoramiento laboral, salarial y personal. Esa percepción se desvanece cuando los servidores públicos encuentran que para acceder a un cargo superior deben competir con un número muy superior de candidatos...”. (Se destaca).

El documento de política pública: “¿Cómo hacer estratégica la gestión del talento humano en las organizaciones públicas colombianas?”, preparado por el profesor Pablo Sanabria de la Escuela de Alto Gobierno: “Alberto Lleras Camargo” de la Universidad de los Andes de Bogotá, señala:

“La gestión del talento humano en las organizaciones públicas colombianas no se ha actualizado a un modelo estratégico acorde con las nuevas formas de acción estatal.

De acuerdo con lo anterior, existen sistemas especiales y específicos con verdaderas carreras en Colombia que han permitido la movilidad y la capacitación de los servidores escalafonados.

5. La carrera administrativa y el ascenso en el ámbito internacional

Al respecto, conviene señalar que existen dos modelos de organización que establecen la relación entre los servidores públicos y las entidades del Estado. El modelo de estructura cerrado representado principalmente por el sistema francés de administración pública, que considera que la relación de trabajo en la administración pública es una actividad independiente, que es desarrollada bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, con derechos (estabilidad y ascenso) y deberes específicos. Y el modelo de estructura abierta, implementado en el sistema estadounidense, que no diferencia entre la relación laboral que se da en la administración pública y la relación laboral común. En este caso no existe una noción de carrera administrativa⁵.

Ahora bien, a manera de ilustración conviene hacer una breve descripción del mecanismo del concurso de ascenso en otras legislaciones, veamos:

Francia

La función pública francesa se inspira en el principio de carrera; el funcionario no es contratado para un determinado empleo sino para adelantar una actividad profesional por un periodo de tiempo indefinido.

⁵ Congreso de la República de Colombia, Programa de Fortalecimiento Legislativo, Oficina de Asistencia Técnica. Resumen Ejecutivo preparado el 25 de octubre de 2005.

En Francia el nombramiento de funcionarios se hace sobre la base de un empleo permanente y de tiempo completo. El encargado de dirimir conflictos entre funcionarios y Estado es el juez administrativo; el traslado de funcionarios se hace con el consentimiento de estos. Para ingresar compete el nombramiento a un tribunal de carácter independiente, quien selecciona los candidatos por méritos y pruebas. La calidad de funcionarios se obtiene a partir del nombramiento.

Los ascensos de escalafón, tanto de grado como de salarios, ubicación en cargos superiores, se realizan por méritos, inscribiéndose en una "relación de ascensos" o por concurso.

La promoción "social", que hace referencia a personas que no pertenecen al cuerpo de origen, se realiza por concurso abierto para quienes cumplen un mínimo tiempo de servicio, o de "turno externo", para aquellos individuos que pertenecen a cuerpos de jerarquía inferior o simplemente no pertenecen a la administración.

El funcionario puede ser retirado por insuficiencia profesional, cuando no se le puede ofrecer un empleo acorde con sus capacidades.

Alemania

El principio de carrera como institución jurídica tiene sus inicios en Baviera desde 1805. El principio de carrera, consiste en que el servicio público desempeñado por los funcionarios está distribuido en diversas categorías en las cuales se desarrolla su vida profesional, se han establecido cuatro categorías que van de un nivel subalterno, un nivel auxiliar, un nivel técnico administrativo y un nivel superior.

Para pasar del nivel técnico-administrativo al nivel superior, se requiere de la existencia de un título universitario, que no puede ser sustituido en ningún caso por exámenes o pruebas de capacitación que lo equipare, salvo en casos excepcionales.

El ascenso de una categoría a otra se lleva a cabo por medio de exámenes. El sistema de carrera se fundamenta en la separación del empleo y del grado. Mientras que el empleo designa un puesto de trabajo, el grado está vinculado al funcionario dándole la oportunidad a ocupar un cierto número de puestos diferentes.

El nombramiento de los funcionarios se deja a elección por parte de la administración, siendo un acto discrecional respetando los criterios de aptitud, de cualificación y de capacidad profesional. El procedimiento de selección se efectúa por medio de la publicación de un anuncio informando del puesto vacante.

El criterio de antigüedad es secundario en materia de promoción, solo tiene importancia cuando la capacidad profesional de un funcionario sea equivalente a la de otro.

Se prohíbe el derecho de huelga y se exige lealtad y neutralidad política. El periodo de

prueba es de uno a tres años. Los funcionarios alemanes deben adaptarse al puesto por medio de la capacitación.

La carrera administrativa agrupa las labores de acuerdo a unas mismas aptitudes. Tienen acceso a la administración pública las profesiones de diversas carreras, excepto aquellas que tienen que ver con la docencia.

La necesidad de la integración de los funcionarios en la función pública renueva los principios de la carrera administrativa, la neutralidad en el servicio y la promoción por méritos personales.

España

En España la carrera administrativa es un instrumento que posibilita la progresión administrativa y retributiva de los funcionarios, para lo cual se exige poseer título, experiencia y méritos. Se inspira en un sistema objetivo, coherente, racional, sencillo y flexible de la función pública.

La carrera administrativa se cifra en tres elementos que son: el sistema de provisión de puestos, la promoción profesional dentro del propio cuerpo y la promoción interna desde cuerpos inferiores a otros superiores.

Con la Ley 30 de 1984 se establece el límite superior de la carrera profesional, abriendo posibilidades a la contratación de personal. La trayectoria del funcionario profesional está determinada por el puesto de trabajo ocupado y el grado individual, se presenta movilidad de funcionarios de una administración a otra. Entre más elevado el grado profesional, mayor es la experiencia y mayores las responsabilidades. Una vez incorporado el funcionario tiene opción de pasar por todos los puestos de su grado, aunque las funciones no tengan relación con la formación que se le exigió al incorporarse.

La carrera administrativa en España, tiene por objetivo proporcionar a la administración las personas capacitadas para asegurar una gestión eficaz en beneficio público.

Las personas que ingresan a la administración como funcionarios se integran en diferentes escalas. Es posible que se presenten ascensos de grupo inferior a uno superior, por medio de la promoción interna.

El acceso a los puestos de trabajo se efectúa mediante concursos o por libre designación. Los sistemas de selección para el ingreso a la Administración Pública son la oposición, el concurso, y el concurso-oposición. La oposición significa que los aspirantes superan ejercicios teóricos y prácticos.

El sistema de carrera asume que los funcionarios presten sus servicios durante su vida activa, desempeñando diversos cargos; la selección debe estar regida por la profesión y no por el cargo. De acuerdo a la profesión se determina la formación a

seguir. La carrera del funcionario se desarrolla con ascenso progresivo, y no se realiza por antigüedad sino por experiencia. En España más que hablar de carrera administrativa, se habla es en plural de carreras que son distintas para los diferentes colectivos como se les conoce.

Ecuador

En la República del Ecuador, la carrera administrativa garantiza los derechos y establece las obligaciones de los servidores públicos. Para ingresar a ella se requiere reunir los requisitos exigidos por la ley para el desempeño del trabajo. La vinculación se efectúa por concurso y una vez aprobado el periodo de prueba ingresa a la carrera administrativa. Mediante la Ley de 1964, rige la capacitación, es obligatoria y no se considera como desarrollo profesional sino para el desarrollo humano integral.

El sistema de méritos establece que los servidores de carrera serán seleccionados, ascendidos y adiestrados de acuerdo al mérito y capacidad. Una vez se ha ingresado a la carrera administrativa, a los funcionarios se les garantiza su puesto y solamente pueden ser objeto de destitución por causa justa. Tienen derecho a ser trasladados a puestos y vacantes de igual naturaleza, si en el que se encuentran es suprimido. Existe la figura de funcionarios públicos amovibles e inamovibles de manera absoluta o relativa, sin que por ello signifique que el puesto de trabajo sea considerado como un bien que les pertenece.

Los ascensos representan aumentos de salarios constituyéndose en un adelanto jerárquico del servidor público. El ascenso por antigüedad es automático y depende del tiempo que permanezca en cada nivel.

Paraguay

El artículo 55 de la Ley 1626 de 2000 sobre carrera administrativa plantea que es la ley quien reglamenta los procesos de admisión, promoción y remoción de los funcionarios de la administración pública, al igual que los demás empleados y servidores del Estado, sobre bases que aseguren la estabilidad en los cargos y la igualdad de oportunidades. Definirá sus derechos y obligaciones, fijando los requisitos para que se puedan acoger a los beneficios sociales, se prohíben los paros y huelgas de los funcionarios públicos y otro tanto ocurre con el abandono colectivo de sus cargos.

Perú

En el Perú, la carrera administrativa es de naturaleza estatutaria. El Decreto número 276 de 1984 establece los artículos que regulan la Carrera Administrativa.

El artículo primero define la carrera administrativa como un conjunto de principios y de normas que regulan el ingreso, derechos y deberes de los servidores públicos de carácter estable, cuyo objetivo es la incorporación de

personal idóneo, garantizando su permanencia y desarrollo. Se expresa en una estructura que permite la promoción de los servidores públicos en los diferentes niveles, se tiene en cuenta de acuerdo a la formación profesional, méritos y calificaciones, lo mismo que el tiempo de permanencia en cada nivel. La remuneración está constituida por un salario básico, además de bonificaciones y beneficios.

La carrera administrativa se estructura por grupos y niveles, con el propósito de que el servidor público tenga opciones para ocupar diversos puestos en su trayectoria dentro de la administración pública, posibilidad de desplazarse por las diferentes entidades de la administración.

De acuerdo con el artículo 59, literal b), no pertenecen a la carrera administrativa los funcionarios que desempeñen cargos de confianza o políticos, ni los trabajadores de las empresas de Estado o de sociedades de economía mixta.

Como puede observarse las diferentes legislaciones consultadas admiten el concurso de ascenso como mecanismo para escalar dentro de la respectiva carrera administrativa, pues la movilidad y la promoción por méritos son asuntos connaturales a su existencia y desarrollo.

De acuerdo con el anterior recuento, se evidencia la importancia de permitir la inclusión de los concursos de ascenso para lograr la movilidad en el empleo público.

6. Análisis jurisprudencial

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la carrera constituye la regla general para el ingreso y la permanencia en el empleo público y debe estar fundada exclusivamente en el mérito.

Sin embargo, el legislador tiene un razonable margen de libertad en la configuración y el diseño de los mecanismos a través de los cuales se valora el mérito de los aspirantes al ingreso o ascenso, siempre y cuando no desconozcan las finalidades constitucionales de la carrera.

Si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y ciertamente ese sigue un criterio vigente de la corporación, también es claro que la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera.

Por lo anterior, la ley debe tener en cuenta factores como la experiencia específica para valorar el mérito. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C. P., con normas superiores lleva

a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional.

Múltiples son los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional que han avalado la constitucionalidad de los concursos de ascenso, dentro de las cuales merecen ser destacadas las siguientes:

La Corporación en la Sentencia número C-011 de 1996, M. P. Doctor Hernando Herrera Vergara, expresó:

“El artículo 48 del Decreto-ley 3492 de 1986⁶ establece que para la provisión de empleos de carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil debe realizarse primero el concurso de ascenso con el personal escalafonado de esa entidad, y solo cuando los participantes no tengan las calificaciones necesarias para ascender, se convocará a concurso abierto; norma que a juicio de esta Corte, está en armonía con los mandatos constitucionales, en la medida en que los funcionarios que pertenecen a la carrera administrativa son acreedores de los derechos adquiridos, que en ningún momento se oponen al derecho de todas las personas de participar en la gestión pública y de acceder, en consecuencia, al servicio público a través de la modalidad de la carrera administrativa, sino que se complementan, por cuanto el ingreso a esta dio lugar a la misma protección de los derechos de los empleados inscritos, siempre que reúnan los requisitos establecidos por la Constitución y la ley, que tienen su fundamento principal en el mérito de unos y otros.

“Al momento de presentarse una vacante en la Registraduría Nacional del Estado Civil, rige el derecho de preferencia adquirido por el personal de carrera administrativa, debiendo iniciarse la provisión, en primer lugar, con los funcionarios escalafonados de esa institución, mediante el concurso que constitucional y legalmente se ha implementado, es decir, con el concurso cerrado o de ascenso, y luego, si no han sido llenados dichos cargos, se deberá, en consecuencia, proseguir con el concurso abierto para dar igual oportunidad a aquellos que no pertenecen a la carrera administrativa. Los artículos, en sus partes acusadas, en nada vulneran la Constitución Política, pues, antes por el contrario se ajustan a los principios generales de la carrera reconocidos en la Carta; además de que protegen los derechos de preferencia y los derechos adquiridos de quienes pretenden ascender, y de aquellas que deseen aspirar a ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

“Por lo expuesto, se tiene que los artículos, en sus partes acusadas, en nada vulneran la

Constitución Política, pues, antes por el contrario se ajustan a los principios generales de la carrera reconocidos en la Carta; además de que protegen los derechos de preferencia y los derechos adquiridos de quienes pretenden ascender, y de aquellas que deseen aspirar a ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil...”. (Se subraya).

Criterios jurisprudenciales que están llamados a prevalecer en la medida en que las normas constitucionales que sirven de fundamento no han sido modificadas con posterioridad a la fecha de dicha decisión, más aún cuando la Corte Constitucional reconoce que los concursos de ascenso tienen respaldo en la propia Carta Política y que se trata de un derecho adquirido de los empleados inscritos en el escalafón, cuyo desconocimiento implicaría la violación del artículo 58 superior.

En el mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-063 de 1997, M. P. Doctor Alejandro Martínez Caballero, expresó:

“... La libertad de configuración en el ascenso en los cargos de carrera es más amplia, en la medida en que el Legislador se coloca frente a tres objetivos con igual peso jurídico y fuerza vinculante, lo cual permite desarrollar un campo numeroso de opciones legítimas, según la razonable ponderación que efectúe el órgano político. Así, en determinadas ocasiones, puede la ley consagrar formas de concurso cerrado con el fin de proteger de manera preferente las expectativas de ascenso de los servidores ya escalafonados. Este procedimiento podría denominarse un concurso de ascenso en estricto sentido, pues desde un punto de vista puramente lógico y semántico, solo pueden ascender en el escalafón quienes ya han ingresado a él, ya que un ascenso significa pasar de un nivel inferior a uno superior dentro de una misma jerarquía, lo cual supone que la persona ya hace parte de la organización...”.

El Legislador es un órgano que actúa libremente en el marco de la Constitución, dentro del cual goza de facultad para determinar los requisitos y límites de la carrera administrativa. Por consiguiente, el hecho de que se haya declarado la constitucionalidad de un concurso cerrado para el ascenso no exige al Legislador que ordene que todos los concursos de ascenso a la función pública deben ser de ese tipo, pues la Corte simplemente señaló que el Legislador puede establecer un concurso cerrado para el ascenso, no que tenga que hacerlo en todos los casos de ascenso en la administración.

“La Constitución no ordena que la carrera administrativa de todas las entidades del Estado debe ser idéntica, pues admite la existencia de regímenes especiales (...). Es pues perfectamente legítimo que la ley establezca una modalidad de concurso de ascenso en la carrera administrativa

⁶ Por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones.

especial de la Contraloría que sea diferente del que fue consagrado para la Registraduría. (Se subraya).

Acompasando los criterios jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional, y como quiera que, según el artículo 125 superior, el ascenso a los cargos de carrera se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, y teniendo en cuenta que solo pueden ascender quienes ya ingresaron a la carrera, debe concluirse que el concurso de ascenso constituye una modalidad constitucionalmente válida para los concursos, frente al cual no es posible trasponer otros principios en detrimento del contenido literal de la precitada norma, pues no están en pie de igualdad quienes han accedido a la carrera administrativa previa demostración del mérito que quienes no lo han demostrado.

Posición que fue reiterada por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-045 de 1998, M. P. Doctor Jorge Arango Mejía, donde expresó:

“La Corte ha reconocido, dentro de ciertos límites, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, y en los que participen solo quienes estén en ella, como una forma de dar efectividad al derecho a la estabilidad de quienes, vinculados con la administración, deseen ascender: concursos para ascensos.”

Igualmente, esa Honorable Corporación en la Sentencia C-486 de 2000, M. P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo, expresó:

*“... el Constituyente no fijó él mismo los requisitos y condiciones específicos de **ingreso** y **ascenso** dentro de la carrera, sino que **dejó la competencia respectiva en cabeza del legislador...**”.*

*La igualdad de oportunidades a que se refiere el actor debe entenderse entonces según el momento de la selección: **el ámbito personal no tiene que ser necesariamente el mismo para el ingreso a la carrera que para el ascenso dentro de ella**. Se trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a quienes se encuentran en una misma situación. (Se destaca y subraya).*

En la Sentencia C-034 de 2015, M. P. Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó:

“...Respecto al principio de igualdad de oportunidades, ha indicado la jurisprudencia constitucional (68) que se refiere a las ocasiones de las personas para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía. De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a

las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva (69).

Cabe aclarar, que el que se genere un trato legal diferente no implica que automáticamente se ocasione una violación a la igualdad, desde que el Legislador pretenda alcanzar objetivos constitucionales legítimos y la diferencia en el trato no sea un medio idóneo, proporcionado y razonable para alcanzar el fin perseguido (70). Por lo anterior, el principio de igualdad debe entenderse como una prohibición de las diferencias y no como una exigencia de que las distinciones que se establezcan sean justificadas de manera objetiva y razonable (71).

(...)

Por lo anterior, se ha reconocido la posibilidad de que existan concursos mixtos que concilien entre los objetivos de brindar igualdad en el acceso y otorgar la posibilidad de promover a quien previamente ha ingresado a la carrera y ha cumplido eficientemente con sus funciones.

*(...) **El concurso contemplado en las normas demandadas no es cerrado sino mixto, pues permite que la mayoría de cargos se distribuya a través de concurso abierto***

La carrera constituye la regla general para el ingreso y la permanencia en el empleo público y debe estar fundada exclusivamente en el mérito, mediante la consagración de procesos de selección y evaluación permanente en los cuales se garantice la transparencia y la objetividad. Sin embargo, como ya se expresó, el legislador tiene un razonable margen de libertad en la configuración y el diseño de los mecanismos a través de los cuales se valora el mérito de los aspirantes al ingreso o ascenso, siempre y cuando no se desconozcan las finalidades constitucionales de la carrera.

En este sentido, si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos completamente cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y ese sigue un criterio vigente de la Corporación, también es claro que la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se asigne un porcentaje de algunos cargos para funcionarios que hayan ingresado a la entidad pública a través de un concurso de méritos.

*Al respecto, se considera que el concurso de ascenso regulado en las normas demandadas no es cerrado sino mixto, pues permite que el setenta por ciento de los cargos se provean a través de un concurso abierto: “Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. **Los demás empleos se proveerán a través de concurso de ingreso**” (89).*

Por otro lado, el sistema de concurso de ascenso contemplado en las normas demandadas no opera de manera automática, sino que requiere de una serie de criterios razonables para garantizar el mérito: (i) que la vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico; (ii) que existan servidores públicos escalafonados en la carrera especial, en el grado salarial inferior, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso y (iii) que el número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer.

(...) Las normas y expresiones demandadas no desconocen el derecho a la igualdad

Como se señaló anteriormente en esta providencia, la existencia de un trato legal diferente no implica necesariamente que se ocasione una violación a la igualdad, siempre y cuando el Legislador pretenda alcanzar objetivos constitucionales legítimos y la diferencia en el trato constituya un medio idóneo, proporcionado y razonable para alcanzar el fin perseguido (90).

Permitir que el treinta por ciento (30%) de los cargos del concurso de ascenso se asigne a los funcionarios de carrera constituye un reconocimiento a la experiencia, la cual no puede contradecir el principio de igualdad porque no se predica como una prerrogativa o una carga particular para determinadas personas, sino por el contrario, constituye una exigencia general y necesaria para establecer la idoneidad de los candidatos a seleccionar (91).

En este sentido, la Corte ha señalado que para la evaluación del mérito de los aspirantes en los procesos de selección cabe acudir a la consideración de factores tales como la preparación, la experiencia o el conocimiento específico sobre la labor a desempeñar (92). Específicamente ha dicho la Corte que resulta válido que, como parte del proceso de selección, el puntaje en las pruebas de conocimientos se incremente "... por razón de la experiencia, bien sea académica o práctica, que supone una calificación que, por así decirlo, no se refleja en las pruebas de que se compone el concurso, sino que son circunstancias personales del aspirante." (93).

Estos factores permiten demostrar el mérito, pues indudablemente acreditan la trayectoria que se ha tenido en determinada labor:

"[f]actores de diferenciación como el anteriormente señalado, de todas maneras, se avienen al criterio del mérito, pues indudablemente lo que se hará en el concurso es demostrar la trayectoria que se ha tenido en determinada labor y esto sí tiene que ver y se ajusta a la finalidad buscada por los concursos para proveer empleos

públicos, pues tampoco cabe duda de que la experiencia es un mérito que contribuye a mejorar a la persona en el desempeño de una labor. No hay discriminación, entonces, cuando se incrementa el puntaje obtenido por un aspirante en razón de tener una experiencia de cinco años, por ejemplo, frente a quien no la tiene y por ello no recibe incremento alguno, ya que no hay discriminación en el trato diferente razonable y objetivamente justificado". (94).

De esta manera, la consideración de la experiencia como criterio objetivo del concurso busca la selección de los mejores aspirantes. En este sentido, ha señalado la Corte (95):

"La finalidad del concurso -es hacer que sean los mejores los que ingresen al servicio público; su idea-fuerza, en consecuencia, gira alrededor del mérito (C. P. artículo 125). Para alcanzar este objetivo es indispensable que la sociedad y sus miembros respondan positivamente a la convocación y que el afán de servicio junto a la cultura y al saber concurren con miras a escoger a los más aptos y capaces. No menos importante es el tipo de pruebas - orales, escritas, entrevistas, diálogos, confrontaciones etc. - y de requisitos - títulos, certificaciones de estudio, experiencia, trabajos, antecedentes, publicaciones etc. - que se contemplen y se exijan. Su contenido no solamente puede revelar conocimientos y aptitudes sino también, como lo atestigua el estado del arte en esta materia y la experiencia acumulada en otros países en los que los concursos y las oposiciones constituyen práctica cotidiana, a través de ellas y de las puntuaciones y ponderaciones que se prevén, se puede conocer la capacidad crítica de los aspirantes y los rasgos relevantes para aproximar lo más cerca posible el perfil del cargo a lo que se desprende de las pruebas"(96).

En todo caso debe destacarse que la experiencia puede valorarse en dos sentidos: (i) la experiencia como factor general de evaluación del mérito que se predica en todo tipo de concursos, incluso en los abiertos y (ii) la experiencia a ponderar en el momento de hacer un concurso de ascenso.

Por lo anterior, se considera que en este caso concreto el concurso de ascenso es un medio idóneo, proporcionado y razonable para alcanzar el fin perseguido, es decir, seleccionar a los funcionarios más idóneos en la Fiscalía General de la Nación.

(...) Las normas y expresiones demandadas no vulneran el artículo 40 de la Constitución

Las normas y expresiones demandadas no vulneran el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos consagrado en el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política, pues permiten que el setenta por ciento (70%) de los cargos convocados sea provisto mediante concurso público, lo cual garantiza una participación razonable de los ciudadanos en el proceso.

En este sentido, debe señalarse que lo prohibido constitucionalmente es la realización de concursos cerrados, es decir aquellos en los cuales solo pueden participar funcionarios de la entidad, tal como se reconoció en la Sentencia C-266 de 2002 frente al concurso contemplado en el artículo 192 del Decreto-ley 262 de 2000 que establecía una modalidad en la cual **solo** podrían participar funcionarios de la entidad: “2) De ascenso: para ascender en cargos de carrera de la Procuraduría General. En ellos solo podrán participar quienes se encuentren inscritos en la carrera de la entidad”.

En esa sentencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de esta disposición precisamente porque no podrían participar otros ciudadanos sino solo los funcionarios de la entidad:

“En consecuencia, la Corte concluye que excluir a ciudadanos no inscritos en la carrera, del concurso de ascenso para proveer cargos superiores en la carrera de la Procuraduría General de la Nación, constituye una medida irrazonable, contraria al sistema de ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos cuyo fundamento son la calidad y el mérito de los aspirantes (artículo 125 C. P.). Tal exclusión vulnera además el derecho político fundamental a acceder a cargos públicos (artículo 40 numeral 7 C. P.) en igualdad de oportunidades (artículo 13 C. P.). En consecuencia, la expresión “solo” empleada en el numeral 2 del artículo 192 del Decreto número 262 de 2000, la cual impone a la Procuraduría General convocar concursos cerrados de ascenso, es contraria a la Constitución, y así lo declarará la Corte en la parte resolutive de esta providencia”.

Lo contemplado en las normas y expresiones demandadas es distinto a lo señalado en el artículo 192 del Decreto-ley 262 de 2000, pues no se impide la participación de otros ciudadanos, sino que simplemente se reserva un treinta por ciento (30%) para funcionarios de carrera, lo cual no constituye ni la tercera parte de los cargos a proveer.

(...) No desconoce el artículo 125 de la Constitución, pues no consagra un concurso cerrado, sino uno mixto en el cual se tiene en cuenta el mérito de un servidor público que ya ha ingresado a la carrera

El artículo 24 del Decreto número 020 de 2012 exige que los aspirantes cumplan cuatro requisitos que permiten asegurar la prevalencia del mérito en el proceso: (i) deben estar escalafonados en la carrera especial, (ii) deben reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo, (iii) deben haber obtenido calificación sobresaliente de la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior y (iv) no pueden haber sido sancionados disciplinaria ni

fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

En este sentido, la carrera no está compuesta exclusivamente por el concurso para su ingreso, sino que tiene distintos niveles en los cuales el ascenso es una fase fundamental. En virtud de lo anterior, la ley debe tener en cuenta factores como la experiencia específica para valorar el mérito, tal como señaló la Sentencia SU-446 de 2011 (97), en la cual esta Corporación afirmó que “la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al definir los factores de calificación, tendrá en cuenta la experiencia en el tipo de funciones a desempeñar”.

3.6.2. Las normas demandadas desarrollan los principios de la carrera

La posibilidad de que se convoquen concursos internos de ascenso en los cuales participen servidores públicos de carrera para proveer hasta el 30% de las vacantes no es inexecutable, sino que por el contrario desarrolla múltiples finalidades constitucionales de la carrera:

3.6.2.1 Permite contar con servidores cuya experiencia y dedicación garanticen cada vez mejores resultados

El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, el cual consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”(98).

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha valorado la experiencia como criterio para tener ciertos cargos en la justicia penal militar (99), la carrera docente (100), la contaduría (101), el concurso notarial (102), la rama judicial (103) y la Fiscalía General de la Nación (104).

3.6.2.2. Motiva a los servidores públicos de la carrera para que cumplan más eficazmente sus funciones con el objeto de lograr un ascenso

En este sentido, la propia Constitución no ha circunscrito la carrera al ingreso, sino que ha incluido también el ascenso en su artículo 125, pues una de las finalidades de la carrera es tener a su disposición servidores que cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación que garanticen los mejores índices de resultados. De esta manera, en la carrera es esencial realizar una motivación a los funcionarios que permita garantizar mejores resultados incentivándolos para permanecer y ascender en la misma, sin

que ello implique impedir que otros ciudadanos también puedan participar en los concursos.

3.6.2.3. Valora la permanencia y otorga estabilidad a los funcionarios en las entidades públicas

Otras de las funciones esenciales de la carrera es la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizando la excelencia en la prestación del servicio y la eficiencia en la administración pública y de las actividades estatales (106).

En este sentido, a través de la carrera también se garantiza la protección de los derechos de quienes estén vinculados a la carrera y que tienen unos derechos subjetivos adquiridos que el Estado tiene la obligación de respetar y proteger (107), si los mismos ejercen su derecho al trabajo con estabilidad y teniendo la opción de ser promovidos de acuerdo a la eficacia con que desempeñen el cargo (108) y con la opción de contar con una capacitación profesional y los demás beneficios a los que tienen derecho por ser escalafonados conforme a los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta (109).

En consecuencia, la estabilidad de los trabajadores del Estado tiene especial atención (110), por lo cual, en este caso, el concurso de ascenso también permite cumplir con esta finalidad.

3.6.2.4. Tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de concurso de méritos a la entidad

El concurso de ascenso contemplado en las normas demandadas exige que los participantes se encuentren en la carrera, lo cual es muy importante, pues estos funcionarios previamente han pasado por un proceso en el cual se ha evaluado su mérito para trabajar en la entidad.

En este sentido, las disposiciones acusadas permiten que el mérito se evalúe de manera progresiva, primero para el ingreso y luego para el ascenso de los funcionarios públicos, lo cual posibilita que la carrera sea un sistema integral del servicio público y no solamente una forma de ingreso al mismo.

3.6.2.5. Garantiza que la inversión del Estado en la capacitación de los funcionarios se vea reflejada en su mejoramiento y promoción continuada con fundamento en la evaluación permanente para garantizar una mejor administración pública

Esta Corporación ha reconocido que “La capacitación, según lo dispuesto en el artículo 53 de la C. P., es un principio mínimo fundamental de carácter prevalente, que rige en cualquier relación laboral, incluidas las que surgen entre la administración pública y sus servidores”⁷.

En este sentido, la capacitación es uno de los aspectos esenciales en el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y resulta esencial para garantizar la eficacia en el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, este gran esfuerzo quedaría estéril si los servidores públicos de carrera más eficientes no están suficientemente motivados para permanecer y ascender en la entidad pública a la cual ingresaron. Por lo anterior, reservar un porcentaje razonable de cargos para ser asignados por concurso al interior de la entidad pública permite garantizar un mejoramiento continuado del correcto funcionamiento de la administración pública”.

Con base en estas sentencias, para la Honorable Corte Constitucional resulta claro que en virtud del artículo 125 superior:

1. La carrera constituye la regla general para el ingreso y la permanencia en el empleo público y debe estar fundada exclusivamente en el mérito.

2. El legislador tiene un razonable margen de libertad en la configuración y el diseño de los mecanismos a través de los cuales se valora el mérito de los aspirantes al ingreso o ascenso, siempre y cuando no desconozcan las finalidades constitucionales de la carrera.

3. Si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera.

4. La ley debe tener en cuenta factores como la experiencia específica para valorar el mérito.

5. Otras personas no escalafonadas tienen la posibilidad de ingresar al empleo público.

6. La posibilidad de que se convoquen concursos internos de ascenso en los cuales participen exclusivamente servidores públicos de carrera para proveer hasta el 30% de las vacantes desarrolla múltiples finalidades constitucionales de la carrera:

- Permite contar con servidores cuya experiencia y dedicación garanticen cada vez mejores resultados.

- Motiva a los servidores públicos de carrera para que cumplan más eficazmente sus funciones con el objeto de lograr un ascenso.

- Valora la permanencia y otorga estabilidad a los funcionarios en las entidades públicas.

- Tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de concurso de méritos a la entidad.

⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

- Garantiza que la inversión del Estado en la capacitación de los funcionarios se vea reflejada en su mejoramiento y promoción continuada con fundamento en la evaluación permanente para garantizar una mejor administración de justicia.

7. Normas que deben modificarse

Por las razones expuestas en la presente exposición de motivos, se hace necesario presentar a consideración del Congreso de la República el presente proyecto de ley.

Para su concepción y elaboración se tuvieron en cuenta las propuestas formuladas por las Organizaciones Sindicales que agrupan a los empleados públicos en el marco de negociación colectiva adelantado en el año 2017 y por los Jefes de las entidades públicas.

El articulado sometido a examen, como iniciativa del Ejecutivo, pretende efectuar los ajustes necesarios a la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, permitiendo dotar a las entidades y organismos del Estado de normas claras y homogéneas en cuanto a ascensos dentro de la carrera, la movilidad, el encargo y la capacitación, para bien de los empleados de carrera y de aquellos que tienen la responsabilidad de conducir y administrar este personal al interior de las organizaciones públicas.

El proyecto se refiere, particularmente, a la modificación de los siguientes aspectos:

- Modificación del artículo 29 de la Ley 909 de 2004 para determinar las condiciones de los concursos de ascenso

Se propone modificar el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de que la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso y los adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que se delegue o desconcentre esta función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad reconocer el alto desempeño de los servidores escalafonados en la carrera y permitirles la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal.

Esta modificación no implica la modificación del literal b) del artículo 28 de la misma ley, el cual señala como unos de los principios que orientan el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera administrativa la libre concurrencia e igualdad en el ingreso en virtud del cual: “Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole”, toda vez que la jurisprudencia constitucional ha señalado respecto al principio de igualdad de oportunidades, que se refiere a las ocasiones de las personas

para compartir la misma posibilidad de tener un empleo, sin importar que con posterioridad y por motivos justos no se logren las mismas posiciones o el cargo que se pretendía.

De esta manera, las opciones al acceso a empleos estatales dentro del régimen de carrera conllevan a que las expectativas de las personas sean concretadas en el reconocimiento de oportunidades iguales sin que se les permita a las autoridades generar tratos preferentes sin que medie una justificación objetiva.

El hecho de que se genere un trato legal diferente no implica que automáticamente se ocasione una violación a la igualdad, desde que el Legislador pretenda alcanzar objetivos constitucionales legítimos y la diferencia en el trato no sea un medio idóneo, proporcionado y razonable para alcanzar el fin perseguido. Por lo anterior, el principio de igualdad debe entenderse como una prohibición de las diferencias y no como una exigencia de que las distinciones que se establezcan sean justificadas de manera objetiva y razonable.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.

2. Existen servidores públicos escalafonados en la carrera general, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.

3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar escalafonado en la carrera general.

2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del empleo.

Si el empleado en el último año no ha sido evaluado por la ocurrencia de alguna situación administrativa o por actividad sindical debidamente autorizada, se tomará para todos los efectos legales la última calificación.

– Modificación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 para precisar las condiciones de los encargos

La figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado, es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo para atender total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes temporal o definitivamente.

Otra característica que tiene el encargo es que el empleado encargado tendrá derecho al salario de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular. De igual manera, el encargo puede implicar que el empleado se desvincule o no de las propias de cargo.

La Ley 909 de 2004 dispone, en su artículo 24, que el empleado de carrera tiene derecho preferencial a ser encargado en otro empleo de carrera administrativa que se encuentre vacante en forma definitiva o temporal –licencias, vacaciones, comisiones–, siempre que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Acreditar los requisitos para el ejercicio del empleo objeto de encargo.
2. Poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño.
3. Haber sido calificado como sobresaliente en la última evaluación del desempeño.
4. No haber sido sancionado disciplinariamente en el año anterior, y
5. Desempeñar el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

De no cumplir con dichas condiciones, se deberá encargar al empleado, que acreditándolas, desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente, siendo competencia de la entidad adelantar el respectivo estudio.

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional.

Con el fin de promover la movilidad a través de la figura del encargo, se propone modificar el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer como uno de los requisitos para que el empleado de carrera sea encargado de manera preferencial en un empleo vacante de carrera administrativa, que en el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, serán encargados quienes acrediten evaluación satisfactoria.

– Modificar el literal g) del artículo 6° del Decreto-ley 1567 de 1998

El Decreto-ley 1567 de 1998, por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado, establece en su artículo 6° los siguientes principios

rectores de la capacitación: complementariedad, integralidad, objetividad, participación, prevalencia del interés de la organización, integración a la carrera administrativa, prelación de los empleados de carrera, economía, énfasis en la práctica y continuidad.

No obstante, con el fin de garantizar el acceso a los programas de capacitación y entrenamiento a todos los servidores públicos sin consideración del tipo de vinculación, se propone la modificación de uno de los principios rectores de la capacitación, concretamente el de la prelación de los empleados de carrera que se encuentra contenido en el literal g) del artículo 6° del Decreto-ley 1567 de 1998.

La novedad que se introduce consiste en modificar el principio de “prelación de los empleados de carrera” por el de “profesionalización del servidor público” que se describe como la posibilidad de que los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, accedan a los programas de capacitación y bienestar que adelante la entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado para el efecto. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa.

De esta forma se garantiza que exista una mayor calidad en el ejercicio de la función pública derivada de la consecuencia lógica de que servidores más preparados y competentes están en capacidad de prestar un mejor servicio.

En particular, según lo evidencia el Plan Anual de Vacantes, en Colombia persisten sin proveer un importante número de empleos de carrera, particularmente en el nivel territorial, según la siguiente descripción:

ENTIDADES	TOTAL VACANTES
Orden Nacional	29.932
Orden Territorial	61.117
Estimado Orden Territorial	43.707
Total Vacantes	134.756

Fuente: Sigep.

La anterior situación evidencia un escenario de inejecución en materia de procesos de selección acentuado en las entidades del nivel territorial (104.000 vacantes). Este elemento expone que existe un inmenso número de casos en donde los empleos pueden estar siendo desempeñados a través de vínculos distintos a los de un contrato propio de la carrera administrativa, en donde las personas que los ocupan se encuentran excluidos de la posibilidad de acceder a capacitación en igualdad de condiciones que aquellos cuyo cargo fue provisto mediante el proceso de selección correspondiente. Este elemento sin duda impone una carga desproporcionada en cabeza del servidor cuyo contrato no es de carrera, quien padece las consecuencias de la ineficiencia histórica del Estado colombiano en la realización de concursos. También implica que las tareas de los servidores públicos están siendo desempeñadas por personas

que no siempre cuentan con el entrenamiento adecuado, lo cual claramente deriva en una deficiente e ineficaz prestación de la función pública.

Por ello, se precisa ampliar la capacitación atendiendo a las necesidades y presupuesto de la entidad. En todo caso si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa por tener vocación de permanencia en la entidad.

De esta manera se busca garantizar la idoneidad de los servidores públicos en el entendido en que la consecuencia lógica de que todos puedan acceder a capacitación y programas de bienestar, independiente de su vinculación, asegura que las entidades destinatarias cuenten con servidores mejor capacitados que lograrán una función pública más eficaz en sus cometidos.

– Determinar criterios de movilidad

Se propone otorgar la competencia al Gobierno nacional para desarrollar mecanismos de movilidad horizontal en el empleo público, con el propósito de evaluar de manera progresiva el mérito y garantizar la capacitación permanente de los servidores públicos, aspectos esenciales para su desarrollo, el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y la eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

La movilidad deberá basarse en criterios de mérito, medido a través de pruebas escritas de

conocimientos o de competencias, aplicadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la permanencia en el servicio, la evaluación del desempeño, la capacitación y la formación adquiridas.

Para el desarrollo de las modalidades de movilidad horizontal se deberá tener en cuenta el marco de gasto de mediano plazo y las disponibilidades presupuestales.

Finalmente, se establece que las normas previstas en la presente ley, se aplicarán a los servidores que se rigen en materia de carrera por los sistemas específicos de origen legal. El Gobierno nacional reglamentará la materia.

Así las cosas, Honorables Congresistas, se regula el ascenso y la movilidad en la carrera, el encargo y la capacitación y bienestar de los empleados del sistema general.

CONTENIDO

Gaceta número 587 - lunes 24 de julio de 2017

CÁMARA DE REPRESENTANTES Págs.
PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 005 de 2017 cámara, por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción.	1
Proyecto de ley número 006 de 2017 cámara, por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.	46