

COLECCIÓN

CUADERNOS DE
TRANSPARENCIA

Nº 18

EXAMEN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

INFORME DE LA SOCIEDAD CIVIL
COLOMBIA 2012

Un aporte al Mecanismo de examen de la
implementación de la UNCAC Capítulos III y IV:
Primer ciclo de examen - segundo año de revisión

Nº 18

EXAMEN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

INFORME DE LA SOCIEDAD CIVIL
COLOMBIA 2012

Un aporte al Mecanismo de examen de la
implementación de la UNCAC Capítulos III y IV:
Primer ciclo de examen - segundo año de revisión



© 2012 CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA,
OFICINA CONTRA LAS DROGAS Y EL DELITO UNODC Y LA
UNCAC COALITION

**Examen de la implementación de la Convención
de las Naciones Unidas contra la Corrupción
Informe de la sociedad civil
Colombia 2012**

ISSN: 1657-7736
COLOMBIA - AMÉRICA DEL SUR
AGOSTO DE 2012

Corporación Transparencia por Colombia

JUNTA DIRECTIVA

Alejandro Linares
Rosa Inés Ospina
Eulalia Arboleda
Andrés Echavarría
Daniel Perea
Fernando Jaramillo
Esperanza González
Guillermo Carvajalino
(presidente)

CONSEJO RECTOR

Andrés Echavarría
Alejandro Linares
Rosa Inés Ospina
Rodrigo Gutiérrez

DIRECTORA EJECUTIVA

Elisabeth Ungar Bleier

CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA
www.transparenciacolombia.org.co
transparencia@transparenciacolombia.org.co
Carrera 8 No. 69-60
Tel. 235 0900
Bogotá, Colombia

AUTOR

Corporación Transparencia por Colombia

Con la colaboración de:
María Angélica Sánchez Herrera,
Natalia Arenas, Ana Paulina Sabbagh,
Juliana Arango y María Alejandra Baquero.

EXPERTOS VINCULADOS - APOYO LEGAL PRO BONO

Dr. Raúl Sánchez Sánchez
Sánchez & Sánchez Abogados.
De Brigard & Urrutia
apoyo legal pro bono a través del contacto
hecho entre TI-S y el bufete global de abogados
Mayer Brown.

EDICIÓN

Bernardo González

DIAGRAMACIÓN Y MONTAJE

Azoma Criterio Editorial Ltda.

Aviso Legal: Todos los derechos reservados. Se han hecho todos los esfuerzos para verificar la fidelidad de la información contenida en este reporte. Se considera que toda la información es correcta para la fecha de enero de 2012. Sin embargo, Transparencia por Colombia, UNODC, la UNCAC Coalition y las firmas que brindaron el apoyo legal probono no aceptan responsabilidad por las consecuencias de su uso para otros propósitos y en otros contextos. Este informe ha sido producido para propósito de información y no con fines legales.

C O N T E N I D O

MARCO DE REFERENCIA DEL INFORME	13
I. INTRODUCCIÓN	17
LOS MANDATOS DE LA UNCAC.....	20
SOBRE EL MECANISMO DE EXAMEN	29
LA SOCIEDAD CIVIL Y SU PAPEL EN LA CONVENCIÓN DE LA ONU	32
EL ESTADO COLOMBIANO Y LA UNCAC	34
II. LA ELABORACIÓN DE UN INFORME SOBRE UNCAC DESDE LA SOCIEDAD CIVIL DE COLOMBIA.....	37
ELABORACIÓN DEL INFORME: UN ROL Y UN PROCESO	40
III. EL PROCESO DE EXAMEN UNCAC EN EL ESTADO COLOMBIANO	43
A. INFORME SOBRE LA TRANSPARENCIA DEL PROCESO DE EXAMEN	44
B. ACCESO A LA INFORMACIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL INFORME.....	50
C. “LOS MÍNIMOS” FRENTE A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN: LOS ARTÍCULOS CLAVE DE LA UNCAC EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COLOMBIA	57
ASPECTOS CLAVE RELACIONADOS CON LA IMPLEMENTACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA UNCAC EN EL MARCO LEGAL	59
IV. ASUNTOS RELEVANTES RELACIONADOS CON LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO PARA LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN	83
A. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: IDEAS INTERPRETATIVAS SOBRE EL AVANCE DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA UNCAC EN COLOMBIA A PARTIR DE UN EXAMEN DE LA SOCIEDAD CIVIL	84
B. LA CORRUPCIÓN JUDICIAL.....	87
C. EL SISTEMA ACUSATORIO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	93
V. RECOMENDACIONES	97

ANEXO I

PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY FRENTE AL DELITO DE CORRUPCIÓN

MEMORIAS DEL TALLER NACIONAL DE CAPACITACIÓN SOBRE EL MECANISMO DE EXAMEN DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	107
--	-----

PRESENTACIÓN	109
ACTO DE APERTURA.....	111
ACCIÓN CONJUNTA Y DECIDIDA PARA FRENAR LA CORRUPCIÓN	
ALDO LALE-DEMOZ, REPRESENTANTE UNODC EN COLOMBIA	112
LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA UNCAC	
ELISABETH UNGAR BLEIER, DIRECTORA EJECUTIVA DE LA CORPORACIÓN	
TRANSPARENCIA POR COLOMBIA.....	115
LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, EL GRAN RETO DE LOS ESTADOS DE DERECHO	
ALEJANDRO VANEGAS FRANCO, VICERRECTOR DE LA UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR	
DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO	120
DESARROLLOS RECENTES, INFORMACIÓN SOBRE EL MECANISMO DE EXAMEN DE LA UNCAC Y EL PAPEL DE LOS EXPERTOS GUBERNAMENTALES...	125
SITUACIÓN ACTUAL DE LA UNCAC, METODOLOGÍA DE EXAMEN Y PRINCIPIOS RECTORES DEL MECANISMO DE EXAMEN	
DOROTHEE GOTTWALD, SUBDIVISIÓN DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS ECONÓMICOS DE UNODC	126
EL PAPEL DE COLOMBIA EN EL MARCO DE LA UNCAC	
MÓNICA RUEDA, PROGRAMA PRESIDENCIAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	132
EXPERIENCIA Y PERSPECTIVAS DESDE LA SOCIEDAD CIVIL FRENTE A LA CONVENCIÓN Y SU MECANISMO DE EXAMEN	
ELISABETH UNGAR BLEIER, DIRECTORA EJECUTIVA Y MARÍA ANGÉLICA SÁNCHEZ	137
EL MECANISMO DE EXAMEN DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN: REVISIÓN SOBRE LAS DISPOSICIONES SUSTANTIVAS BAJO EXAMEN EN EL CAPÍTULO 3	145
DISPOSICIONES RESPECTO A “PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY” EN LA CONVENCIÓN	
INTERVENCIÓN DE DOROTHEE GOTTWALD, SUBDIVISIÓN DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS ECONÓMICOS, UNODC.....	146
PRINCIPALES BENEFICIOS POR LA COOPERACIÓN PARA CON LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN	149
PRINCIPALES BENEFICIOS POR LA COOPERACIÓN PARA CON LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN: RECOMPENSAS, PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MANEJO DE GASTOS RESERVADOS.	
UNODC, ÁREA DE JUSTICIA Y SEGURIDAD.....	150
PENALIZACIÓN EN COLOMBIA DEL ABUSO DE FUNCIONES, EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, LA PARTICIPACIÓN, TENTATIVA Y ENCUBRIMIENTO DE ACTOS DE CORRUPCIÓN	155

EL PROCESO DISCIPLINARIO	
PAULA RAMÍREZ BARBOSA, ASESORA DEL DESPACHO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN	156
TIPOS DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y CÓMO SON ABORDADOS POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	
CARLOS CASTAÑEDA CRESPO, FISCAL 17, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.....	158
MECANISMOS DISPONIBLES PARA ESTABLECER SISTEMAS APROPIADOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	161
COMBATIENDO LA CORRUPCIÓN MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: ATACANDO LA COLUSIÓN EN LICITACIONES	
PABLO MÁRQUEZ, SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA, SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	162
ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS	
RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (PUBLICIDAD Y GESTIÓN) EN ENTIDADES PÚBLICAS COLOMBIANAS 2008 – 2009.	
MARCELA RESTREPO HUNG, DIRECTORA DEL ÁREA SECTOR PÚBLICO, TRANSPARENCIA POR COLOMBIA.....	177
EL MAPA DE RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	
IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE, AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	184
INVESTIGACIÓN Y PENALIZACIÓN DEL BLANQUEO DEL PRODUCTO DEL DELITO.....	189
LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO, UN INSTRUMENTO EFICAZ PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN	
NOHORA PATRICIA FERREIRA GARCÍA, FISCAL JEFE DE LA UNIDAD NACIONAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y EXTINCIÓN DE DOMINIO, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.....	190
PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO	
JORGE HUMBERTO GALEANO LINEROS, SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA RIESGO DE LAVADO DE ACTIVOS, SUPERINTENDENCIA FINANCIERA	197
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	
EDGAR HENRY ORTIZ, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	205
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	211
RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN, SIN PERJUICIO DE SU RESPONSABILIDAD PENAL	
RAÚL SÁNCHEZ, ABOGADO PENALISTA, EXPERTO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	212
TRATAMIENTO DEL SOBORNO Y LA MALVERSACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN COLOMBIA	215

TRATAMIENTO DEL SOBORNO Y LA MALVERSACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN COLOMBIA INTERVENCIÓN DE ÁLVARO OSORIO CHACÓN, DIRECTOR DE LA UNIDAD DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.....	216
APROXIMACIÓN LEGISLATIVA A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA....	229
APROXIMACIÓN LEGISLATIVA A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA. FABIO ESPITIÁ GARZÓN, PROFESOR FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO.....	230
PROCEDIMIENTO DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL	243
PROCEDIMIENTO DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL HERBERT ROMERO RÍOS, DIRECTOR NACIONAL DE INVESTIGACIONES DEL CTI , FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.....	244
PROCEDIMIENTOS DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO DISCIPLINARIO	247
PROCEDIMIENTOS DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO DISCIPLINARIO PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA, ASESORA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	248
PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL EN COOPERACIÓN CON AUTORIDADES NACIONALES	255
TRANSPARENCIA POR COLOMBIA Y LAS AUTORIDADES NACIONALES ELISABETH UNGAR BLEIER, DIRECTORA EJECUTIVA DE LA CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA.....	256
COOPERACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y DE MEDICIÓN: EL SISTEMA DE MONITOREO DEL CUMPLIMIENTO DE NORMAS ANTICORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA TERRITORIAL: ÍNDICE DE GOBIERNO ABIERTO (IGIGA) 2009-2010 CARLOS AUGUSTO MESA, PROCURADOR DELEGADO PARA LA DESCENTRALIZACIÓN Y LAS ENTIDADES TERRITORIALES. JUAN PABLO REMOLINA, ASESOR DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA DESCENTRALIZACIÓN Y LAS ENTIDADES TERRITORIALES, PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	261
DISPOSICIONES LEGALES Y PRÁCTICAS SOBRE PROTECCIÓN DE TESTIGOS, PERITOS, VÍCTIMAS Y DENUNCIANTES DE DELITOS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA	267
INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.....	268

DISPOSICIONES LEGALES SOBRE INCAUTACIÓN Y DECOMISO DEL PRODUCTO DE DELITOS DE CORRUPCIÓN; Y DE BIENES, EQUIPOS U OTROS INSTRUMENTOS UTILIZADOS O DESTINADOS A UTILIZARSE EN LA COMISIÓN DE DELITOS DE CORRUPCIÓN.....	273
COOPERACIÓN PENAL EN MATERIA DE BIENES QUE SE ENCUENTREN EN EL EXTERIOR A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN GONZALO GÓMEZ ESCOBAR, DIRECTOR DE ASUNTOS INTERNACIONALES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	274
COOPERACIÓN INTERNACIONAL: IDENTIFICACIÓN DE TEMAS PARA TRABAJO EN COLOMBIA	277
CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN- CAPÍTULO IV. DOROTHEE GOTTWALD, UNODC, SUBDIVISIÓN DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LOS DELITOS ECONÓMICOS; ÁREA JUSTICIA Y SEGURIDAD	278
ANEXO II	
¿CÓMO VA COLOMBIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN?	
MEMORIAS DEL EVENTO CELEBRADO EL DÍA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN 9 DE DICIEMBRE DE 2011	283
PRESENTACIÓN	284
PRONUNCIAMIENTO DEL SISTEMA NACIONES UNIDAS SOBRE EL DÍA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN	
INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE EN COLOMBIA DE LA OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), ALDO LALE – DEMOZ.....	286
LA LUCHA DEL GOBIERNO COLOMBIANO CONTRA LA CORRUPCIÓN	
PRONUNCIAMIENTO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, GERMÁN VARGAS LLERAS.....	288
INFORME INDEPENDIENTE DE LA SOCIEDAD CIVIL SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE COLOMBIA DE SUS COMPROMISOS FRENTE A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN ELISABETH UNGAR BLEIER, DIRECTORA EJECUTIVA DE LA CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA, JUNTO CON MARÍA ANGÉLICA SÁNCHEZ.....	290
LA UNCAC TIENE VARIOS AÑOS DE RETRASO EN COLOMBIA PRONUNCIAMIENTO DE SANDRA MORELLI RICO, CONTRALORA GENERAL DE NACIÓN	298
LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO PRONUNCIAMIENTO DE DIEGO DORADO, DIRECTOR DE EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN	300

SOBRE TRANSPARENCIA POR COLOMBIA

La Corporación Transparencia por Colombia es una organización colombiana sin ánimo de lucro creada en 1998, cuya misión es “liderar desde la sociedad civil la lucha integral contra la corrupción y por la transparencia, en lo público y en lo privado, para promover una ciudadanía activa, fortalecer las instituciones y consolidar nuestra democracia”.

Es el Capítulo Nacional de Transparency International -TI-, la organización no gubernamental líder en el mundo en la lucha contra la corrupción, que trabaja en más de 90 países.

AGRADECIMIENTOS

El presente Informe Paralelo se desarrolló con el apoyo de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito en Colombia, como parte del proyecto “La elaboración de un informe paralelo de la Sociedad Civil sobre el proceso de revisión de la UNCAC – Estado Colombiano 2011” de su Programa Anticorrupción, así como también de Transparencia Internacional, organización que acompañó este proceso como parte del proyecto “Enhacing civil society`s role in monitoring corruption”, financiado por UN Democracy Fund (UNDEF) para organizaciones de la sociedad civil que participan en la vigilancia y la defensa de todo el proceso de revisión de la UNCAC.



MARCO DE REFERENCIA DEL INFORME

LA DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN

Transparencia por Colombia entiende la corrupción como el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados o el **abuso de posiciones de poder o de confianza para beneficio particular en detrimento del interés colectivo**, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones.

Además de las manifestaciones tradicionales de la corrupción, tales como el soborno, el peculado y la colusión, entre otras, en Colombia el fenómeno se ha expresado también a través de la captura del Estado por actores legales e ilegales, de un sistema de pesos y contrapesos desbalanceado, y en la presencia de un círculo perverso entre violencia-narcotráfico y corrupción. Lo anterior ha permitido una evolución a formas más sofisticadas y estructuralmente perjudiciales como lo es el proceso de reconfiguración cooptada del Estado, especialmente, durante los últimos 20 años¹.

MANDATO DE LA CONVENCIÓN FRENTE AL ROL DE LA SOCIEDAD CIVIL

El artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción exige a los Estados tomar medidas apropiadas para “promover la participación activa de los individuos y grupos fuera del sector público en la prevención y la lucha contra la corrupción”. Así mismo, insta a los Estados a fortalecer la participación a través de medidas tales como “mejorar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones y asegurar que el público tenga

1 Sobre la captura del Estado y la relación entre violencia, narcotráfico y corrupción ver: Garay, Luis Jorge (Et Al), *Conflictos Armados y delincuencia organizada: Escenarios de corrupción*. A propósito del caso de Colombia, Corporación Transparencia por Colombia, Colección Cuadernos de Transparencia, Cuaderno 13, Bogotá, 2007. Garay, Luis Jorge (Director); Salcedo-Albarán, Eduardo; de León-Beltrán, Isaac y Guerrero, Bernardo, “La reconfiguración cooptada del Estado: más allá de la captura económica del Estado” y Garay, Luis Jorge y Salcedo- Albarán, Eduardo, “Lecciones de la captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia”, en: *10 años de Transparencia por Colombia*, Corporación Transparencia por Colombia, Bogotá, 2008. Todos los documentos disponibles en el sitio web www.transparenciacolombia.org.co/publicaciones

un acceso efectivo a la información; [y] el respeto, la promoción y protección de la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información acerca de la corrupción”².

OBJETIVO Y ÁMBITO DEL INFORME

Este Informe, elaborado por miembros de la sociedad civil de Colombia, presenta una revisión de la implementación legal y la capacidad del Estado colombiano para hacer cumplir las normas referentes a disposiciones específicas del Capítulo III y VI de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. El Informe, intenta contribuir al proceso de examen entre Estados (peer review) que se adelanta en el mundo actualmente sobre estos dos capítulos. Colombia fue seleccionada para participar en el segundo año del proceso de examen (2011- 2012) junto con más de veinte países.

De acuerdo con la metodología propuesta por Transparencia Internacional, este Informe otorga particular atención a los artículos de la Convención relacionados con Soborno (Artículo 15), Soborno transnacional (Artículo 16), Malversación de recursos públicos (Artículo 17), Enriquecimiento ilícito (Artículo 20), Lavado de activos producto del delito (Artículo 23), Responsabilidad de personas jurídicas (Artículo 26), Protección de testigos y denunciantes (Artículo 32 y 33), y Asistencia legal mutua (Artículo 46).

De manera complementaria, y como resultado de hallazgos inesperados realizados por Transparencia por Colombia durante la revisión de la implementación normativa de los capítulos III y IV de la UNCAC, este informe aborda reflexiones y cuestionamientos sobre el funcionamiento de algunos aspectos del sistema judicial, que profundizan las dificultades del Estado colombiano para investigar y castigar de manera correcta y contundente los delitos de corrupción en Colombia.

2 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art 13.

“(...) Los múltiples y graves hechos de corrupción en Colombia conocidos en los últimos meses, así como las investigaciones adelantadas por los órganos judiciales y de control, son la lamentable evidencia de una preocupante paradoja: mientras la Convención era firmada, ratificada y entraba en vigencia en nuestro país, se evidenció la relación perversa entre corrupción, narcotráfico y violencia.

“La corrupción fue ganando terreno como una práctica recurrente en el ejercicio de la función pública por parte de numerosos funcionarios y de miembros del sector privado, y las acciones de los órganos de investigación y control resultaron en gran medida ineficaces. A la vez, también, el rechazo social y ciudadano a estas prácticas fue tímido y casi inexistente, quizás como resultado de la idea generalizada que este problema era un mal menor frente a otros fenómenos como la inseguridad.

“Del mismo modo, durante los últimos veinte años hemos experimentado el desenvolvimiento, con alto grado de sofisticación, de la etapa más avanzada de la corrupción en Colombia: la captura y reconfiguración cooptada de las instituciones del Estado en los diferentes niveles de gobierno y la ausencia de esfuerzos integrales y contundentes por parte de los organismos responsables de adelantar un combate frontal contra este flagelo, así como de la voluntad política requerida para lograrlo (...)"

Extractos de la intervención Elisabeth Ungar Bleier, directora ejecutiva de la Corporación Transparencia por Colombia en la instalación del Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, realizado en Bogotá en mayo de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) es el acuerdo más amplio que existe en el ámbito internacional en materia de lucha contra la corrupción, con más de 150 Estados Parte³; significó un hito en los esfuerzos globales al contemplar cuestiones como la repatriación de fondos robados, la extradición por corrupción y el endurecimiento de medidas contra la corrupción en el sector privado⁴.

Este tratado se configura en una herramienta única tanto por su alcance global, como por abordar la corrupción desde un enfoque integral. En efecto, determina los estándares y requisitos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos corruptos tanto en el sector público como en el privado. La UNCAC es un poderoso instrumento que apunta a incrementar la transparencia en los asuntos y bienes públicos, y a comprometer al sector empresarial en el desarrollo de políticas y programas para prevenir la corrupción⁵.

Uno de los aportes centrales de la Convención a la compresión de la corrupción se relaciona con el establecimiento de la diferencia entre prevención y lucha contra este fenómeno, contribuyendo a introducir la relevancia de asumir una perspectiva integral para enfrentarlo. Con ello ratifica el hecho que la corrupción es un acto delictivo cuya correcta penalización debe situarlo como una práctica de alto riesgo y bajos rendimientos. Con la implementación de la Convención en los países, la corrupción dejó de ser considerada como un delito político para ser comprendido y abordado como un crimen debido al enorme daño social que genera. Así pues, la Convención suscribe la importancia de que la

³ Corporación Transparencia por Colombia, Discurso de apertura del Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2011.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

tipificación penal se concreta en investigaciones, juzgamiento y condena de casos específicos, de tal manera que la sociedad se haga cada vez más sensible a la corrupción.

Adicional a lo anterior, la UNCAC contiene grandes promesas civiles y democráticas en tanto provee un mandato claro y contundente para la participación de ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en los procesos de control y rendición de cuentas. De hecho, la transparencia y la participación de la sociedad civil y del sector privado fueron reconocidas como elementos críticos para la prevención y lucha contra la corrupción, tanto en el artículo 13 como en otras disposiciones de la UNCAC⁶.

Con este respaldo, Transparencia por Colombia y muchas otras organizaciones del país han asumido el compromiso y la responsabilidad de promover la prevención y la lucha contra la corrupción mediante ejercicios de control social tales como el Índice de Transparencia, las veedurías ciudadanas, la promoción del fortalecimiento de capacidades de organizaciones sociales, la sensibilización y formación en materia de prevención y lucha contra la corrupción, la promoción del derecho de acceso a la información y estudios y denuncias alrededor de este fenómeno⁷.

En el ámbito internacional diversas organizaciones de la sociedad civil, entre las que se encuentra Transparencia por Colombia, materializan su compromiso de participar en los procesos de control y rendición de cuentas, entre muchas formas, a través de Informes Paralelos Independientes que realizan con el propósito de monitorear la implementación efectiva de la UNCAC por parte de los gobiernos y la inclusión efectiva de la sociedad civil en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas anticorrupción.

En consecuencia, el presente Informe hace parte del compromiso asumido por Transparencia por Colombia para hacer realidad el Artículo 13 de la UNCAC.

6 Ibid.

7 Ibid.

LOS MANDATOS DE LA UNCAC

Los objetivos específicos de la UNCAC son: promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; facilitar la cooperación internacional y la asistencia técnica, y promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos⁸.

La perspectiva de integralidad de la UNCAC para enfrentar la corrupción se despliega a través de las disposiciones del capítulo II, en el cual se indica a los Estados la ruta a seguir para prevenir la corrupción por medio de orientaciones para crear políticas, instituciones y prácticas favorables a la cultura de la transparencia y la integridad de la gestión pública. Por su parte los capítulos IV, V y VI muestran los instrumentos legales de carácter nacional e internacional, que llevados al derecho interno de cada país y debidamente aplicados por instituciones fuertes y probas, permitirán investigar eficazmente, castigar de manera ejemplar los delitos de corrupción y controlar la profundización del fenómeno. Por lo anterior, la UNCAC se denomina “Carta de la institucionalidad contra la corrupción”.

Su **estructura** se compone de ocho capítulos, en los que se detallan las obligaciones y compromisos para los Estados Parte:

- ◆ El **capítulo I** desarrolla los objetivos, definiciones y el ámbito de aplicación de la Convención.
- ◆ El **capítulo II** especifica **medidas preventivas** contra la corrupción. En concreto trata sobre políticas públicas y prácticas estatales, órganos de prevención, disposiciones para el sector público,

⁸ Corporación Transparencia por Colombia, Informe anual 2010 - 2011. Informe Especial sobre Convenciones Internacionales: La Corrupción un problema global. [Documento en línea] <http://transparenciacolombia.org.co/informeannual2010/> [consultado en mayo de 2011].

códigos de conducta, contratación pública, buena gestión de los recursos fiscales, transparencia e información pública, medidas relativas al poder judicial y el ministerio público, pautas en el sector privado para la prevención de la corrupción, participación de la sociedad civil y medidas para prevenir el blanqueo de dinero.

- ◆ El **capítulo III** aborda la **penalización y aplicación de la ley** en materia de corrupción. Establece la penalización del soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros internacionales, así como el soborno en el sector privado. Determina también el carácter criminal de prácticas como la malversación de fondos públicos, el tráfico de influencias, el abuso de funciones públicas, el enriquecimiento ilícito, el blanqueo del producto del delito, la participación en actos de corrupción y la responsabilidad de las personas jurídicas. También contempla medidas sobre protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes así como del secreto bancario.
- ◆ En el **capítulo IV** la Convención regula la **cooperación internacional**, y específicamente cuestiones como la extradición, la asistencia judicial recíproca, las investigaciones conjuntas y las técnicas especiales de investigación.
- ◆ En los **capítulos V y VI** se tratan respectivamente los temas de la **recuperación de activos robados** y el intercambio de información, además de la **asistencia técnica internacional** en la lucha contra la corrupción.
- ◆ El **capítulo VII** se refiere a **los mecanismos de aplicación** de la Convención, entre estos la creación de la Conferencia de Estados Parte y su Secretaría, así como el establecimiento de un **mecanismo u órgano apropiado** para asegurar el cumplimiento de los compromisos suscritos y el intercambio de información y cooperación.
- ◆ Por último, el capítulo VIII está dedicado a las disposiciones sobre **aplicación de la Convención**, entre estas la entrada en vigor, solución de controversias y enmiendas, entre otras.

Los Estados Parte deben adoptar diversas medidas legislativas y administrativas para aplicar la Convención contra la Corrupción. Al efecto, las medidas de la Convención tienen dos rangos de obligación para los Estados Parte: en primer lugar, existen los **requisitos obligatorios**, que son las medidas sobre las cuales los Estados Parte están obligados a adoptar medidas legislativas y de otra índole para desarrollar capacidades que permitan llevar a cabo la efectiva implementación de la Convención. En segundo lugar, existen **los requisitos facultativos**, los cuales se refieren a aquellas medidas sobre

las cuales los Estados deben considerar o procurar su cumplimiento, pues son complementarias a las obligatorias en algunos casos y permiten abordar la lucha contra la corrupción desde una perspectiva más amplia.⁹

Los diferentes niveles de jerarquía en las medidas de la Convención fueron el resultado de los debates que tuvieron lugar entre los Estados Parte durante el proceso de redacción y firma de la Convención. Las particularidades del derecho interno de cada país, las diferencias entre los regímenes políticos, las capacidades dispares de los sistemas judiciales estatales y la relación entre el sector público y privado hicieron parte de la negociación que llevó a establecer formas distintas de redacción, con enfoque mandatorio o facultativo según el caso, para cada uno de los artículos.

El Examen de la implementación de los capítulos III y IV que abordan la penalización de corrupción y la cooperación internacional, objeto de este informe, tiene una importancia definitiva para determinar si un Estado cumple con los mandatos mínimos de la UNCAC, y si está dispuesto a incluir medidas más amplias para construir un andamiaje jurídico fuerte para la lucha contra la corrupción.

Los Estados Parte deben tipificar una serie de delitos en su derecho interno, y los que cuenten con la legislación pertinente deben velar porque las disposiciones en vigor se ajusten a los requisitos de la UNCAC y enmendar su legislación si es necesario.¹⁰

Con el propósito de contextualizar al lector, a continuación se profundizará en los capítulos y artículos de la UNCAC que serán objeto de valoración en el presente informe.

El Capítulo III aborda los requisitos sustantivos de la Convención en materia de derecho penal y las medidas y los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de la legislación contra la corrupción. El Capítulo III se debe entender dividido en las siguientes partes:

- a) **penalización**, compuesta por delitos,
- b) **aplicación de la ley**, compuesta por medidas procesales y mecanismos;
- c) **jurisdicción**, relacionada con medidas.

⁹ Las consideraciones y detalles que justifican los artículos y numerales que se determinaron como obligatorios o facultativos pueden ser estudiados a través de dos publicaciones de UNODC: la Guía legislativa para la aplicación de la UNCAC y los trabajos preparatorios que contienen las notas interpretativas de la negociación de la Convención.

¹⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito UNODC. Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC. New York, 2008 (Página 81).

Frente a los niveles de jerarquía de las disposiciones de la UNCAC, el capítulo III se encuentra organizado de la siguiente forma:

- i) **Requisitos obligatorios:** son los delitos de tipificación obligatoria y las medidas y mecanismos sobre los que los Estados están obligados a adoptar medidas legislativas y de otra índole para garantizar su cumplimiento. Los actos constitutivos de estos delitos son determinantes en la comisión de actos de corrupción y permiten a sus autores resguardar su persona y sus ganancias ilícitas de los organismos de aplicación de la ley. Por consiguiente, su penalización es el aspecto más urgente y fundamental de una iniciativa mundial y coordinada para combatir las prácticas corruptas¹¹. Al tiempo, se incluyen dentro de este grupo de requisitos una gran cantidad de disposiciones y medidas destinadas a identificar, detener, enjuiciar, condenar, y sancionar de manera eficaz a aquellos que hayan participado en prácticas corruptas.

Para garantizar que haya justicia y que los delincuentes no puedan disfrutar de los frutos de la corrupción, es imprescindible contar con un conjunto de medidas orientadas por ejemplo a localizar e incautar el producto del delito, así como mecanismos de indemnización por daños y perjuicios. En este sentido también es necesaria y decisiva la protección adecuada de los testigos, las víctimas y otras personas que colaboren en la investigación o el enjuiciamiento de delitos tipificados con arreglo a la Convención. Finalmente, todos estos objetivos sólo podrán alcanzarse mediante una cooperación nacional e internacional, no solo entre autoridades públicas pertinentes, sino también entre las autoridades nacionales y el sector privado¹².

- ii) **Requisitos facultativos:** son los delitos de tipificación no obligatoria que los Estados deben considerar penalizar, y las medidas y mecanismos cuyo cumplimiento se debe considerar. Ya que la corrupción puede manifestarse de diferentes maneras, y a fin de abarcar el mayor número posible de conductas corruptas, la UNCAC prevé una serie de otros delitos y medidas que los Estados debe considerar¹³.

De acuerdo con la jerarquía descrita, los artículos que compone el capítulo III se organizan en dos grupos según su grado de obligatoriedad.

11 Ibid, P. 83

12 Ibid, P. 138

13 Ibid, P. 107.

◆ **Requisitos obligatorios: actos que deben tipificarse como delitos o disposiciones (medidas o mecanismos) sobre las que se debe legislar**

- ❖ Soborno de funcionarios públicos nacionales (art.15)
- ❖ Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art.16, No. 1, Soborno activo)
- ❖ Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público(art.17)
- ❖ Blanqueo (lavado de activos) del producto del delito (art.23).
- ❖ Obstrucción de la Justicia (art.25).
- ❖ Responsabilidad de las personas jurídica (art.26)¹⁴
- ❖ Participación y tentativa (art.27 No.1)
- ❖ Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito (art.28)
- ❖ Prescripción (art.29)
- ❖ Proceso, fallo y sanciones (art. 30 No. 1, 2, 4 y 8)
- ❖ Embargo preventivo, incautación y decomiso (art.31 No.1-7, 9)
- ❖ Protección de testigos, peritos y víctimas (art.32 No. 1, 2 apartado a y b, 4, 5)
- ❖ Indemnización por daños y perjuicios (Art.35)
- ❖ Autoridades especializadas (Art. 36)
- ❖ Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (art.37 No. 1, 4)
- ❖ Cooperación entre organismos nacionales (art.38)
- ❖ Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado (art.39)
- ❖ Secreto bancario (art.40)¹⁵
- ❖ Jurisdicción (art.42 No. 1, 3, 5)

¹⁴ La responsabilidad de las personas jurídicas puede ser penal, civil o administrativa, y aunque exista la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para establecer responsabilidad de personas jurídicas sobre delitos tipificados en la Convención, no hay una obligación completa para que los Estados tipifiquen lo penal. Por lo anterior, esta medida tiene un abordaje particular.

¹⁵ El levantamiento del secreto bancario, junto con la correcta tipificación y existencia de herramientas prácticas para perseguir el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos producto de la corrupción, son consideradas por los expertos como las tres armas más contundentes para la correcta judicialización de la corrupción. Sin embargo, no en todos los países se encuentran adoptadas en los ordenamientos jurídicos, y en el caso del secreto bancario la redacción de la disposición es laxa y poco clara, lo que ha hecho que los mecanismos de cooperación jurídica entre Estados que se han diseñado para poner en marcha esta medida no hayan dado buenos resultados.

❖ **Requisitos facultativos: otros actos de corrupción para tipificar como delitos o disposiciones sobre las que se puede legislar**

- ❖ Soborno pasivo de funcionario público extranjero (art.16).
- ❖ Tráfico de influencias (art.18).
- ❖ Abuso de funciones (art.19).
- ❖ Enriquecimiento ilícito (art.20).
- ❖ Soborno en el sector privado (art.21).
- ❖ Malversación o peculado en el sector privado (art.22).
- ❖ Encubrimiento (art.24)
- ❖ Participación y tentativa (art.27, No.2-3)
- ❖ Proceso, fallo y sanciones (art. 30 No. 3, 6, 7, 10)
- ❖ Embargo preventivo, incautación y decomiso (art.31, No.8, 10)
- ❖ Protección de testigos, peritos y víctimas (art.32, No. 3)
- ❖ Protección de los denunciantes (art.33)
- ❖ Consecuencias de los actos de corrupción (Art. 34)
- ❖ Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (art.37 No. 2, 3, 5)
- ❖ Antecedentes penales (art.41)
- ❖ Jurisdicción (art.42 No. 2, 4, 6)

El capítulo IV, por su cuenta, presenta un conjunto de exigencias para que los Estados Parte cooperen en asuntos penales. El capítulo IV se debe entender dividido en las siguientes partes:

- a) **Extradición**
- b) **Asistencia judicial recíproca**
- c) **Otras formas de cooperación internacional**, como remisión de actuaciones penales y cumplimiento de la ley, incluidas las investigaciones conjuntas, las técnicas especiales de investigación y la posibilidad de celebrar acuerdos o tomar medidas para el traslado de personas condenadas a cumplir una pena.

Este capítulo, pretende dar cuenta de la necesidad de frenar el fácil traslado de un país a otro de los autores de delitos graves que eluden el enjuiciamiento y la justicia. Los procesos de globalización permiten a los delincuentes cruzar las fronteras con más facilidad, fraccionar las transacciones y

confundir las investigaciones, buscar refugio seguro y proteger el producto del delito. La prevención, la investigación, el enjuiciamiento, la condena, así como la recuperación y repatriación de los beneficios obtenidos ilícitamente sólo pueden lograrse con una cooperación internacional eficaz.¹⁶

De acuerdo con la jerarquía descrita, los artículos que componen el capítulo IV se organizan de la siguiente forma:

❖ **Requisitos obligatorios: disposiciones (medidas o mecanismos) sobre las que se debe legislar**

- ❖ Cooperación internacional (Art. 43)
- ❖ Ámbito de la Extradición (Art .44, No. 1)
- ❖ Delitos que dan lugar a la extradición en tratados sobre la cuestión (Art.44, No. 4)
- ❖ Notificación respecto de la aplicación o no aplicación del párrafo 5 (pertinente para los países en los que la existencia de un tratado es un requisito previo para la extradición (Art. 44, No. 6)
- ❖ Extradición sobre la base de una ley (pertinente para los países en los que la extradición se prevé por ley (Art. 44, No. 7)
- ❖ Condiciones de la extradición (Art. 44, No. 8)
- ❖ Enjuiciamiento en el caso de fugitivo que no se extradita por razones de nacionalidad (Art. 44, No. 11)
- ❖ Garantías de las personas sometidas a un proceso de extradición (Art. 44, No. 14)
- ❖ Prohibición de la negación de extradición por el hecho de que el delito entrañe cuestiones tributarias (Art. 44, No. 16)
- ❖ Consultas previas a la denegación (Art. 44, No. 17)
- ❖ Concertación de nuevos acuerdos y arreglos (Art. 44, No. 18)
- ❖ Ámbito de la aplicación de la asistencia judicial recíproca (Art. 46, No. 1)
- ❖ Asistencia judicial recíproca en las actuaciones relacionadas con personas jurídicas (Art. 46, No. 2)
- ❖ Fines para los que se prestará asistencia judicial recíproca (Art. 46, No. 3)
- ❖ Procedimiento que deberá seguirse a falta de un tratado (Art. 46, No. 7)
- ❖ Prohibición de denegar la asistencia judicial recíproca invocando el secreto bancario (Art. 46, No.8)

- ❖ Medidas que se aplicarán a falta de un tratado (Art. 46, No. 7)
- ❖ Remisión de actuaciones (Art.47)
- ❖ Alcance en materia de cumplimiento de la ley (Art.48)
- ❖ Técnicas especiales de investigación (Art. 50)

❖ **Requisitos facultativos: Otras disposiciones sobre las que se puede legislar**

- ❖ Extradición – ámbito de aplicación (Art.44, No. 2 y 3)
- ❖ La Convención contra la Corrupción como base de la extradición (Art.44, No. 5)
- ❖ Agilización de los procedimientos de extradición (Art. 44, No. 9)
- ❖ Detención en espera de que se tramite la extradición (Art. 44, No. 9)
- ❖ Extradición condicional como base para cumplir la obligación enunciada en el párrafo 11 del artículo 44 (Art. 44, No. 12)
- ❖ Cumplimiento de una condena impuesta por una autoridad extranjera cuando la extradición se deniegue por motivos de nacionalidad (Art. 44, No. 13)
- ❖ Ausencia de la obligación de extraditar con arreglo a la Convención cuando existan motivos justificados para presumir que el fugitivo será objeto de discriminación (Art. 44, No. 15)
- ❖ Trasmisión espontánea de información (Art. 46, No. 4 y 5)
- ❖ Cláusula de salvaguardia con respecto a los tratados de asistencia judicial recíproca Art. 46, No. 6)
- ❖ Testimonio mediante videoconferencia (Art. 46, No. 28)
- ❖ Conclusión de nuevos acuerdos y arreglos (Art. 46, No. 30)
- ❖ Traslado de personas condenadas a cumplir una pena (Art. 45)
- ❖ Investigaciones conjuntas (Art. 49)
- ❖ Celebración de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación en el cumplimiento de la ley (Art. 48, No.2, primera oración)
- ❖ Cooperación mediante el uso de tecnología moderna (Art.48, No. 3)

Al respecto del capítulo IV es importante puntualizar un asunto de carácter fundamental para efectos penales: la doble incriminación. Según este principio, los Estados Parte no están obligados a extraditar personas buscadas por actos que presuntamente hayan cometido en el extranjero si estos actos no están tipificados como delito en su propio territorio. No obstante, no significa que los

Estados Parte puedan cooperar únicamente si se cumple el principio de doble incriminación, pues si su legislación se lo permite un Estado podrá conceder la extradición de una persona por un delito de corrupción que no sea punible con arreglo a su propio derecho interno.

En esencia, lo observado en este apartado, muestra que la adopción de normas dentro de los Estados Parte, relacionadas con la penalización de corrupción y la cooperación internacional es el escenario propicio para analizar la voluntad de los Estados y sus gobiernos de enfrentar de manera decidida la corrupción como un delito.

SOBRE EL MECANISMO DE EXAMEN

La UNCAC fue ratificada en 2003 y entró en vigor en diciembre de 2005. A partir de este momento, el 9 de diciembre de cada año se conmemora el Día Internacional contra la Corrupción.

Para asegurar la implementación de la UNCAC se estableció “La “Conferencia de los Estados Partes de la Convención” (CoSP por sus siglas en inglés).

En la CoSP que tuvo lugar en Doha, en noviembre de 2009, se acordó la creación de un Mecanismo de Revisión o Examen “transparente, eficiente, no invasivo, no excluyente e imparcial”¹⁷ que permitiría hacer seguimiento a la implementación de la UNCAC por parte de los Estados Parte. El funcionamiento de este Mecanismo se estableció a través de dos ciclos de examen con duración de cinco años cada uno, iniciando con los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación Internacional) para el primer ciclo, y el segundo ciclo con la revisión de los capítulos II (Medidas preventivas) y V (recuperación de activos).

El Mecanismo incluye el funcionamiento de un Grupo de Revisión de la Implementación (GRI), el cual se reunió por primera vez en junio-julio de 2010 en Viena y fue el órgano encargado de seleccionar el orden de participación de los países dentro del primer ciclo de examen. En promedio serán evaluados 26 países cada año. A la vez, la Secretaría de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, UNODC, en Viena, quien hace las veces de Secretaría de la Conferencia, fue encargada de coordinar y hacer seguimiento al funcionamiento del Mecanismo de Examen.

¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, UNODC. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Términos de referencia del Mecanismo de Examen, 2010.

De acuerdo con la Resolución 3/1 de la CoSP y el anexo de términos de referencia para el Mecanismo, el proceso de examen funciona de la siguiente manera:

- Mediante un sorteo presencial se eligen dos países (uno de la misma región y sistema político similar) que actuarán como evaluadores o examinadores bajo la metodología *Peer review*.
- Todos los Estados Parte deben proporcionar información a la Secretaría de la Conferencia sobre el cumplimiento de la Convención con base en una “amplia lista de autoevaluación”.¹⁸
- Posteriormente, los Estados Parte deben participar en un ejercicio de evaluación (documental, videoconferencias, reuniones y/o visita *in situ*) realizado por dos Estados Parte examinadores, los cuales en conjunto prepararán un informe sobre el país objeto de examen. El resultado de este ejercicio será un informe de revisión completa y un resumen ejecutivo.
- La Secretaría, con base en el informe de examen del país, está obligada a “recopilar la información más frecuente y relevante en los éxitos, las buenas prácticas, desafíos, las observaciones y necesidades de asistencia técnica contenidas en los informes de examen técnico y las incluirá, organizadas por tema, en un informe sobre la aplicación temática y la agenda complementaria regional para su presentación al Grupo de Revisión e Implementación”.
- Los tiempos en los que se cumple a cabalidad el proceso varían de acuerdo con cada país. UNODC sugiere un tiempo mínimo de seis meses, pero en la práctica a los gobiernos les puede tardar en promedio nueve a doce meses.

Los términos de referencia del Mecanismo de Examen hacen un llamado a los gobiernos para llevar a cabo una amplia consulta con las partes interesadas durante la preparación de la autoevaluación, facilitar la participación de diferentes actores, y aceptar una visita al país adelantada por Estados Parte examinadores. La publicación de las autoevaluaciones así como de los informes completos finales por país depende de la voluntad y autorización de los gobiernos.

La inclusión de la sociedad civil en el proceso de revisión de la UNCAC hace parte de las recomendaciones del Mecanismo de Examen hacia los gobiernos, aunque a la fecha no tiene un carácter obligatorio. En todo caso depende de la voluntad del gobierno y del contexto político de cada país. Sin embargo, involucrar a la sociedad civil es de vital importancia para la rendición de cuentas y la

18 La Secretaría del Mecanismo diseñó un software denominado Omnibus que permitirá a los gobiernos cargar la Información de su autoevaluación de manera segura, sin el uso de papel, para remitir información y limitando sus respuestas a una metodología precisa que permita la comparación entre Estados.

transparencia, así como para la credibilidad y la eficacia del proceso de revisión. La UNCAC confiere a la sociedad civil el rol de movilizador de voluntades, de actor vigilante y de ejecutor de acciones de prevención.

Si bien se considera un logro la existencia de un mecanismo de seguimiento a la implementación de una Convención, persisten grandes obstáculos que evitan su correcto funcionamiento y que en últimas limitan, paradójicamente, la transparencia y la rendición de cuentas sobre el cumplimiento de la Convención Internacional contra la Corrupción.

Los obstáculos más evidentes del mecanismo son:

- Se realiza **con o sin** la participación de la sociedad civil
- **No es obligatorio** para los Estados hacer públicos los resultados
- **Falta voluntad de los gobiernos** para levantar el secreto bancario y las barreras legales para rastrear y recuperar los activos robados producto de la corrupción.

LA SOCIEDAD CIVIL Y SU PAPEL EN LA CONVENCIÓN DE LA ONU

El trabajo de prevención y lucha contra la corrupción por parte de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) antecede las Convenciones Internacionales. La experiencia de la sociedad civil fue clave para la concepción y aprobación de UNCAC.

En un primer momento, la sociedad civil instó a las Naciones Unidas a crear un proceso de monitoreo como parte de la Convención. Transparencia Internacional (TI) estuvo presente como observador durante las sesiones de negociación y elevó propuestas al Comité de redacción. Fue la única ONG con voz durante el proceso de redacción de la Convención. El componente de prevención de la Convención recogió las lecciones aprendidas de los trabajos de Pactos de Integridad de TI, estudios sobre casos de soborno y captura del Estado por parte del sector privado e investigaciones, encuestas e índices desarrollados por medios de comunicación, sociedad civil y organismos internacionales. En consecuencia, la transparencia, la participación de la sociedad civil y del sector privado fueron reconocidos como elementos críticos para la prevención y lucha contra la corrupción, tanto en el artículo 13 como en otras disposiciones de la Convención.

TI presentó recomendaciones para el seguimiento de las convenciones anticorrupción desde el momento mismo de la ratificación de la Convención. Trabajó, junto a organizaciones de todo el mundo en el marco de la Coalición de la Sociedad Civil para la UNCAC o *UNCAC Coalition* y a través de su participación en las conferencias de Estados Parte, celebradas en Jordania en 2006, Bali en 2008 y Doha en 2009, para conseguir la adopción de un mecanismo de revisión de la convención que fuera inclusivo, público y efectivo.

A pesar de la existencia de este Mecanismo de Examen, en la actualidad la participación formal de la sociedad civil no ha sido aprobada por la CoSP como observador permanente en las acciones

de trabajo de los grupos de gobierno. Por ello, organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo buscan activamente contribuir a este proceso de diferentes maneras. Una de las vías de participación ideadas por la sociedad civil es la realización de informes de manera paralela e independiente a la autoevaluación que realizan los gobiernos de los Estados Parte.

Ahora bien, para hacer realidad los mandatos de transparencia de la Convención y su mecanismo de examen, la sociedad civil sigue exigiendo a la CoSP el reconocimiento de su status como observador permanente tanto de las plenarias de las Conferencias como de las sesiones del GRI, de acuerdo con lo estipulado en la Regla 17 de la CoSP y en la resolución 4/5.

Transparencia por Colombia hace parte de las 240 organizaciones de 100 países que, unidas en la UNCAC Coalition, abogan por la ratificación y correcta implementación de la Convención de las Naciones Unidas en todo el mundo, y demandan un mecanismo de examen público, transparente, inclusivo, eficiente y que rinda cuentas sobre la acción de los Estados en la lucha contra la corrupción.

Sin la vinculación, control y observancia de la sociedad civil, las promesas de los gobiernos sobre su lucha contra la corrupción podrían ser sólo discursos. Sin una acción global coordinada por un amplio espectro de grupos de la sociedad civil, la UNCAC podría no cumplir sus promesas.

EL ESTADO COLOMBIANO Y LA UNCAC

La Convención de Naciones Unidas fue suscrita por Colombia el 10 de diciembre de 2003, incluyendo sus disposiciones en el ordenamiento legal interno mediante la Ley 970 de 2005 y la sentencia C-172 de 2006. Colombia depositó el instrumento de ratificación el 27 de octubre de 2007 ante la ONU.

Dentro del primer ciclo de aplicación del Mecanismo de Examen, Colombia hace parte del grupo de países que le corresponde realizar su autoevaluación, recibir la visita in situ y elaborar el Informe sobre la aplicación de la Convención junto con 2 países evaluadores durante el año 2 (periodo 2011 – 2012). Los examinadores de Colombia entre 2011- 2012 son Honduras y Eslovenia¹⁹

Colombia ha tenido un papel relevante dentro de la CoSP. En la redacción y negociación de la Convención, el Estado colombiano tuvo un rol destacado como resultado de su liderazgo regional en la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de su participación histórica en estos escenarios internacionales, así como su amplio desarrollo legislativo en esta materia al momento de la redacción de la UNCAC.

Adicionalmente, la complejidad del fenómeno de la corrupción en Colombia que se expresa, entre otras cosas, en la conexidad de diferentes delitos (violación de derechos humanos y narcotráfico) con hechos de corrupción, ha permitido que Colombia aporte desde su experiencia a la construcción y seguimiento de estos acuerdos, y ha generado solicitudes de cooperación técnica e intercambio de aprendizajes con pares en otros países.

19 La lista de países evaluados y evaluadores se puede consultar en el sitio web http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Review-Mechanism/CountryPairingSchedule/Country_pairings_-_Year_1-4_rev2011_IRG_rev-FINAL_October_2011.pdf

Así mismo, Colombia ha mostrado su interés en impulsar avances en cumplimiento de los mandatos de la UNCAC. En 2007, aun cuando no había sido adoptado el Mecanismo de Examen, Colombia participó de manera voluntaria en el diligenciamiento de un *checklist de autoevaluación* que permitiría delinear el contenido y metodología del Mecanismo. Posteriormente, participó en el Programa Piloto 2009, facilitando la realización de una visita *in situ*.

En el ámbito de las Conferencias de Estados Parte, el gobierno colombiano ha presentado de manera continua posiciones favorables a llevar a cabo reformas que impriman transparencia al funcionamiento de los mecanismos de aplicación de la UNCAC como introducir formalmente la participación de la Sociedad Civil. Frente a este último punto, en la CoSP 2011, llevada a cabo en Marrakech, el Estado colombiano junto con Chile, México y Perú copatrocinó la propuesta de un proyecto de resolución que respaldaba la inclusión de la sociedad civil como observador permanente del trabajo del GRI y de la CoSP. La intervención de Colombia se planteó en lo siguiente términos:

*“Colombia expresa su beneplácito por el trabajo desarrollado por el Grupo de Aplicación de la Convención y espera que en esta oportunidad la Conferencia adopte una decisión que permita el aporte de los organismos intergubernamentales y de las organizaciones de la sociedad civil en sus deliberaciones. (...) para Colombia la participación de la Sociedad Civil en todos los procesos de prevención y lucha contra la corrupción es un asunto de primer orden. Colombia cree firmemente en la necesidad de empoderar a los ciudadanos en las decisiones y en la responsabilidad de atacar este delito. La acción cívica y democrática es un pilar fundamental para enfrentar la corrupción. Sin la participación de la Sociedad Civil, nuestras políticas, programas y cursos de acción para luchar contra este fenómeno solo alcanzarán tan solo una fracción de su verdadero potencial.”*²⁰

En escenarios nacionales, el gobierno colombiano ha reconocido que enfrenta grandes retos para la correcta implementación de la Convención, dentro de los cuales destaca²¹:

- Fortalecer la acción internacional contra la corrupción a través del efectivo cumplimiento de los compromisos.

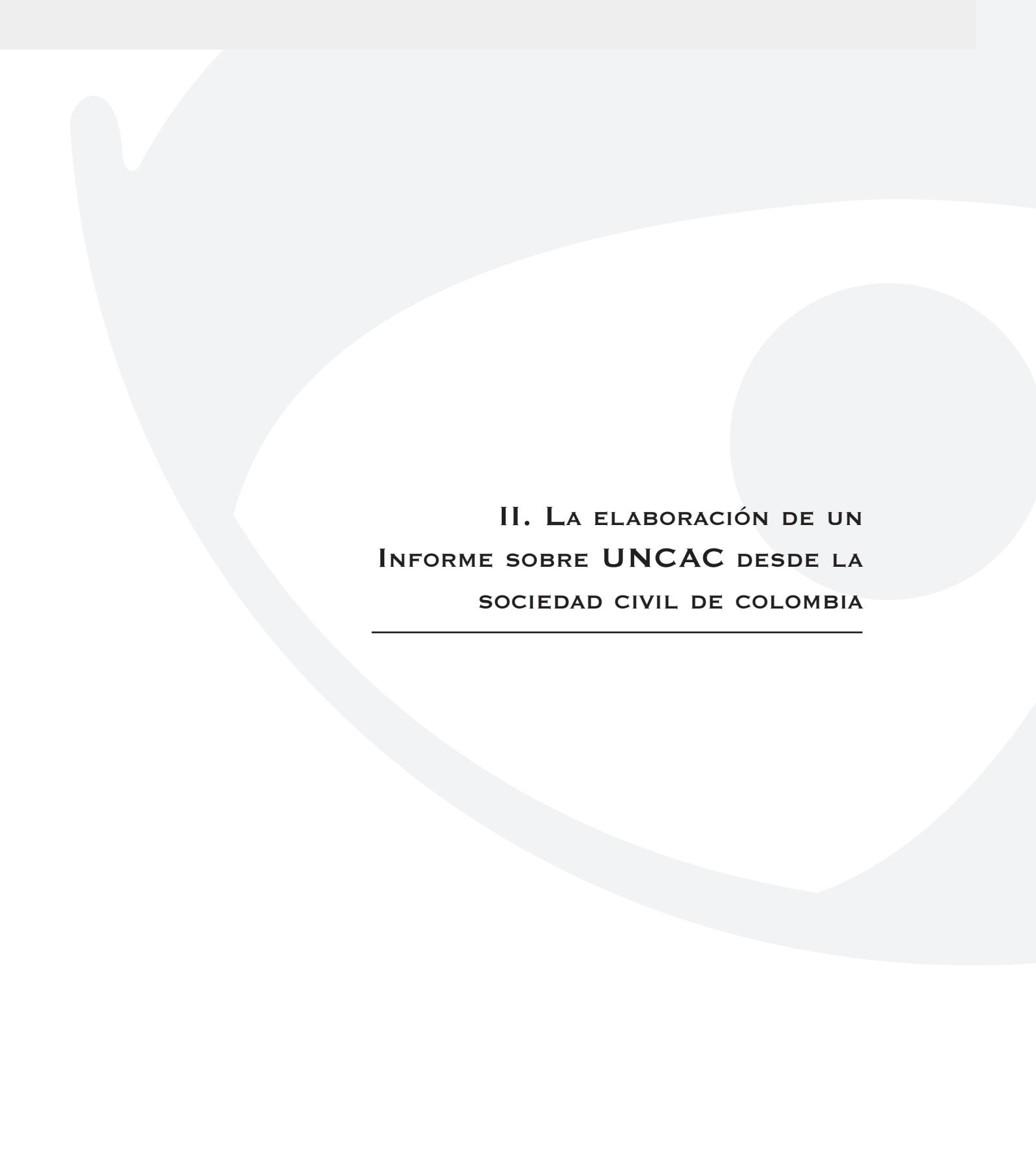
²⁰ Apartes del discurso de Colombia en la apertura de la IV CoSP UNCAC en Marrakech. Texto proporcionado por el punto focal del Ministerio de Relaciones Exteriores a Trasparencia por Colombia, noviembre de 2011.

²¹ Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, “Instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, mayo de 2011. Presentación para el Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: Énfasis en Penalización y Aplicación de la Ley. La presentación puede ser consultada en las memorias del taller, en el anexo 1 del presente documento.

- Llevar a cabo una acción interinstitucional coordinada.

Lograr la participación activa del sector privado en la lucha contra la corrupción, que se da tanto en la relación público - privada como al interior del sector privado.

Si bien hay que abordar el tema de la corrupción desde la perspectiva de las normas jurídicas que rigen nuestro comportamiento, debemos abordar la aplicación de las convenciones desde una perspectiva que nos permita identificar vacíos o deficiencias entre la norma y su aplicación, y proponer acciones de mejora.



II. LA ELABORACIÓN DE UN INFORME SOBRE UNCAC DESDE LA SOCIEDAD CIVIL DE COLOMBIA

Para la Corporación Transparencia por Colombia la elaboración de un primer informe sobre la implementación de la UNCAC en el marco del Mecanismo de Examen oficial, ha estado precedida de una serie de acciones de investigación, divulgación, capacitación, control social y promoción de ajustes institucionales que, en conjunto, han aportado a la sensibilización de los actores públicos y privados del país sobre la existencia de una Convención Internacional contra la Corrupción y de compromisos adquiridos por el Estado colombiano frente a este Acuerdo.

Entre 2005 y 2006 Transparencia por Colombia, la Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ, UNODC y la Vicepresidencia de la República participaron en el proyecto para difundir la UNCAC en Colombia por medio de talleres de capacitación para representantes del sector privado, de las organizaciones sociales y funcionarios públicos. Como parte de los resultados, se divulgó un material a través de medios de comunicación nacional²² sobre las medidas previstas para el sector privado dentro de la Convención, y se elaboró el primer estudio sobre la adaptación de la UNCAC a la legislación de Colombia, publicado en el Cuaderno 11 de la colección Cuadernos de Transparencia por Colombia. Adicionalmente, en 2007 la Corporación diligenció de forma paralela al gobierno nacional un *check list* voluntario sobre el estado en la implementación de la UNCAC en Colombia.²³

Al mismo tiempo, Transparencia por Colombia incluyó en sus herramientas de evaluación, control social y de recomendaciones de ajuste institucional desarrolladas a través de los años los mandatos y estándares de la Convención. Así, los Índices de Transparencia de las Entidades Públicas evalúan riesgos de corrupción asociados a la gestión administrativa más allá de las normas colombianas, elevando los

22 Diario La República, “Duras Medidas contra el Sector Privado- Convención de las Naciones Unidas” (inserto). [Documento en línea] <http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/publicaciones/Transparencia%20Inserto%20Dinero.pdf>

23 El cuaderno 11 de la Colección Cuadernos de Transparencia por Colombia puede ser consultado en el sitio <http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Skins/tabid/59/Default.aspx>

estándares en temas como acceso a información, contratación pública y meritocracia en el empleo público. La encuesta de prácticas contra el soborno en las empresas colombianas, el índice de políticas y mecanismos de transparencia en empresas de servicios públicos, y los acuerdos anticorrupción en sectores de negocios, traen a la práctica los estándares internacionales para promover la transparencia y la autorregulación en el sector privado que se desprenden de las convenciones, entre ellos, los principios empresariales para combatir el soborno, o Principios PACI del Foro Económico Mundial.

La Corporación también ha desarrollado acciones de incidencia directa para promover con el gobierno nacional el cumplimiento de la Convención en Colombia. Como miembro de la UNCAC Coalition, la Corporación ha cursado comunicaciones al gobierno nacional para transmitir la necesidad de la adopción de mecanismos de seguimiento de la aplicación de la UNCAC en los Estados Parte.

En 2010, Transparencia por Colombia participó de la iniciativa “Cuenten lo que han hecho” de Access Info Europe y Transparencia Internacional, solicitando información pública a las entidades gubernamentales sobre las medidas de implementación de la UNCAC en legislación y políticas públicas, y determinando si dicha información se hace pública cuando se solicita a las instituciones. En 2010 y 2011 instó al nuevo gobierno y al país sobre la necesidad de construir una política de Estado integral de lucha contra la corrupción, en la que retomar las convenciones y los compromisos pendientes de Colombia debía ser eje central.

ELABORACIÓN DEL INFORME: UN ROL Y UN PROCESO

Para elaborar el presente documento, la Corporación Transparencia por Colombia adoptó las metodologías propuestas por Transparencia Internacional y la UNCAC Coalition para la elaboración de informes paralelos desde la sociedad civil a la autoevaluación de los Estados Parte, así como la herramienta oficial *Omnibus*, fijada para la autoevaluación por parte de estos últimos y propuesta por la Secretaría de UNODC.

Como resultado de esta adaptación, la Corporación definió elaborar el Informe a través de una metodología de monitoreo centrada en dos frentes:

a. **El proceso de examen:**

El monitoreo sobre el proceso de examen propuso hacer seguimiento a la transparencia del gobierno nacional en la entrega de información al público, así como su disposición para promover la participación de las organizaciones de la sociedad civil y del sector privado en dicho ejercicio.

Los indicadores guía para realizar el monitoreo al proceso de examen fueron:

- i) El gobierno informa a los ciudadanos sobre el proceso de examen así como sobre los funcionarios y entidades involucradas;
- ii) Nivel de acceso de la sociedad civil al funcionario punto focal del gobierno y a los expertos del Estado
- iii) Las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado son consultadas para la elaboración de la autoevaluación y vinculadas en la visita *in situ* de los Estados evaluadores;

- iv) El Estado acepta hacer pública su autoevaluación y el Informe final, es decir, si es posible acceder a la información sobre el proceso de diálogo y examen que se genere entre Colombia y los expertos de los países evaluadores.

b. **Contenido del examen:**

El monitoreo sobre el contenido del examen se centró en:

- I. Determinar en la práctica el nivel de acceso a la información sobre estadísticas e información de penalización de corrupción,
- II. Observar las formas de implementación de las disposiciones de la Convención a través de leyes y normas,
- III. Establecer el cumplimiento de las normas en las políticas públicas y prácticas institucionales.

De manera complementaria, Trasparencia por Colombia involucró en otros proyectos institucionales la divulgación de la UNCAC y la importancia del proceso de examen buscando ampliar el espectro de incidencia, de recolección de información y del público receptor de la información.

Así, entregó recomendaciones al gobierno nacional para que la perspectiva de la Convención y sus mandatos fueran tenidos en cuenta en la formulación del capítulo de Transparencia y Lucha contra la Corrupción del Plan Nacional de Desarrollo, en la elaboración y aprobación del proyecto de ley de reforma al Estatuto Anticorrupción y en la formulación de los lineamientos de la política pública de lucha contra la corrupción.

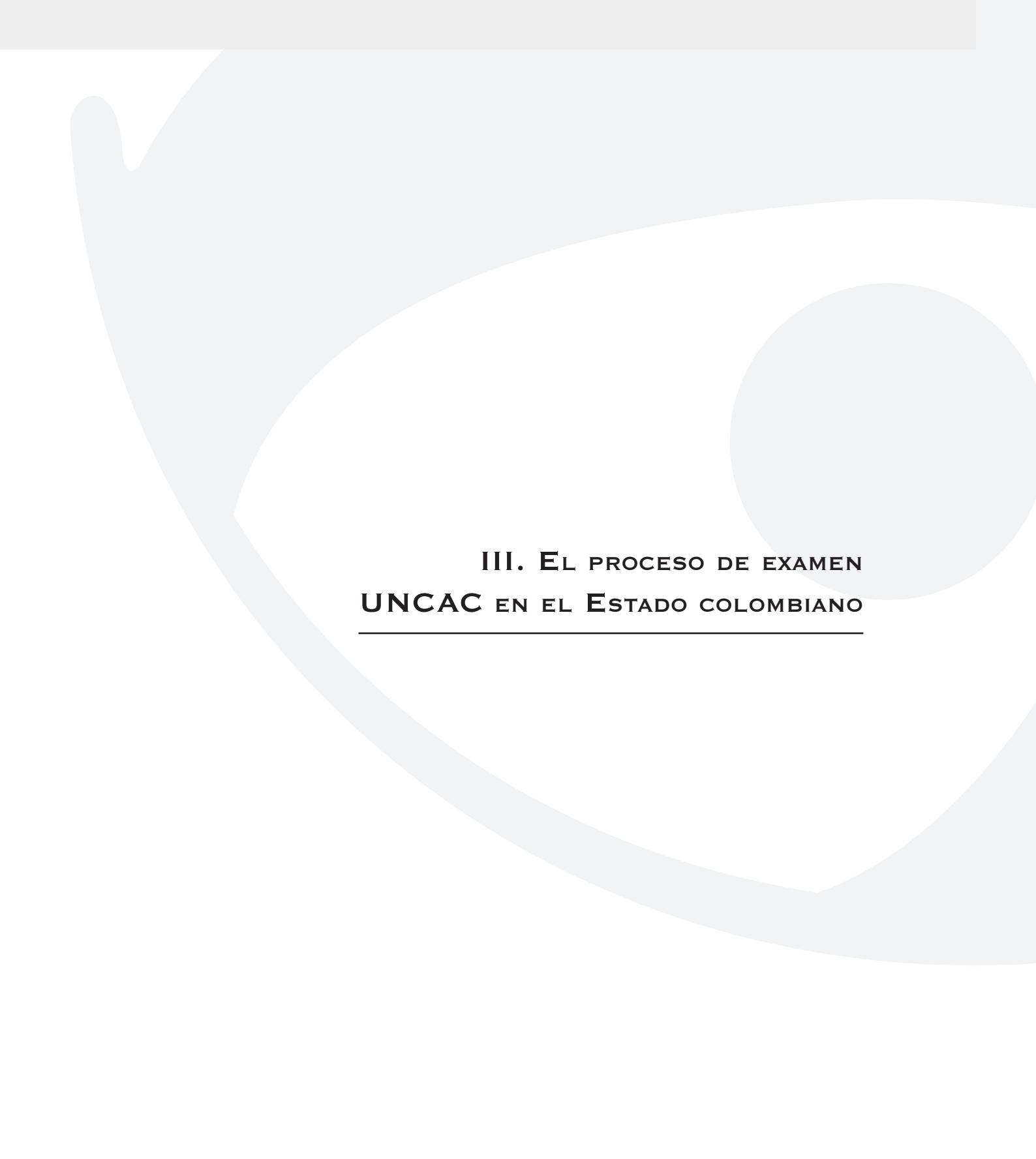
Del mismo modo, durante marzo de 2012, divulgó información sobre los compromisos adquiridos por el Estado colombiano frente a la UNCAC en talleres regionales sobre convenciones internacionales con líderes políticos, de organizaciones sociales y de medios de comunicación en tres ciudades del país; presentó un informe especial sobre Convenciones Internacionales en su Informe Anual 2010 y motivó la discusión sobre el tema dentro del Foro Internacional “Los retos del Estado y la Sociedad Civil en la lucha contra la corrupción”, que se desarrolló en el marco de la Asamblea Anual de Transparencia por Colombia en mayo de 2011.

Finalmente, Trasparencia incluyó la perspectiva UNCAC dentro de un proyecto estratégico con la Unión Europea sobre Transparencia y Paz en tres regiones del país, y recopiló las posturas y propuestas de representantes del sector privado y funcionarios públicos de los órganos de control expuestas en

mesas de trabajo sobre los avances y tareas pendientes del Estado colombiano frente a la puesta en marcha del nuevo Estatuto Anticorrupción durante el segundo semestre de 2011.

En cada uno de los escenarios descritos y en medio de las acciones de monitoreo que dieron paso a la construcción de este informe, Transparencia por Colombia elevó de manera constante un mensaje claro y contundente: *“Creemos firmemente que la correcta implementación de la Convención en Colombia es clave para que se dé inicio, de manera real y sostenible, a la prevención y lucha contra la corrupción en Colombia como una política de Estado”²⁴.*

24 Corporación Transparencia por Colombia. Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2011.



III. EL PROCESO DE EXAMEN UNCAC EN EL ESTADO COLOMBIANO

A continuación se presentan los resultados de las acciones de monitoreo realizadas por Transparencia por Colombia al proceso de examen adelantando por el gobierno colombiano.

Este capítulo se divide en dos secciones:

La sección A entrega los resultados del monitoreo a la transparencia del proceso de examen

La Sección B reporta sobre la situación del acceso a la información en el marco del proceso de examen

A. INFORME SOBRE LA TRANSPARENCIA DEL PROCESO DE EXAMEN

A continuación se presenta una reseña de las observaciones realizadas por la sociedad civil a la transparencia del gobierno nacional en proceso de examen. El periodo de observación tuvo lugar entre febrero de 2011 y abril de 2012.²⁵

25 La metodología aplicada se basa en el formato *Short Report Template* y su anexo *Completed parallel review questionnaire* propuesto por Transparencia Internacional. Aproximadamente sesenta organizaciones sociales alrededor del mundo usarán este formato para registrar su acciones de monitoreo durante el primer ciclo del mecanismo de examen, lo que permitirá tener un registro comparable sobre la situación de la transparencia en diferentes países.

| TABLA NO 1: TRANSPARENCIA DEL GOBIERNO SOBRE EL PROCESO DE EXAMEN UNCAC

Transparencia del Gobierno de Colombia durante el proceso de Examen	
a. ¿El gobierno hizo público los datos de contacto del/los punto focales del gobierno del país?	No.
b. ¿La Sociedad Civil fue consultada en la preparación del “self-assessment”/ autoevaluación del gobierno?	Si, solo al inicio del proceso y como respuesta a las acciones de incidencia propuestas por Transparencia por Colombia a través de UNODC (mayo de 2011). Ver una nota de prensa asociada http://www.uncac-coalition.org/index.php?option=com_jnews&act=mailing&task=view&listid=17&mailingid=25&listtype=1&Itemid=30 La vinculación se hizo a través de: <input checked="" type="checkbox"/> Redes Académicas <input checked="" type="checkbox"/> Grupos Anti-corrupción
c. ¿La autoevaluación se publicó en internet o se proporcionó a la sociedad civil?	El gobierno envió la autoevaluación por correo electrónico a algunas organizaciones de la sociedad civil. Así mismo, fue publicado en el sitio web de la UNODC.
d. ¿El gobierno estuvo de acuerdo con que se efectuara una visita al país?	Sí.
e. ¿Se llevó a cabo una visita al país?	Aun no se ha llevado a cabo debido a algunas demoras en la oficialización de los países evaluadores.
f. ¿Se invitó a la sociedad civil a aportar sus comentarios a los observadores oficiales del proceso? Indique el tipo de aportes solicitados.	Aun no se ha llevado a cabo la visita, sin embargo el gobierno nacional manifestó su interés de invitar a la sociedad civil a participar en esta instancia.
g. ¿El gobierno se comprometió a publicar el informe completo de país?	Aun no se ha comprometido formalmente.

Reporte sobre los aspectos clave del monitoreo

- a. **Publicación de información sobre el proceso:** el gobierno colombiano no produjo ninguna comunicación oficial informando al público sobre el nombre y datos de contacto del funcionario o los funcionarios responsables de liderar este proceso para Colombia. Transparencia por Colombia tuvo acceso a esta información como resultado de la constante comunicación formal e informal sostenida con los funcionarios del gobierno nacional responsables del trabajo en convenciones internacionales contra la corrupción.

Entre febrero y noviembre de 2011 Transparencia por Colombia transmitió a diferentes funcionarios del gobierno nacional (asesores de la Presidencia de la República y funcionarios técnicos de las entidades), a través de reuniones y eventos públicos, la recomendación de hacer pública esta información. De manera formal, en julio y noviembre de 2011, tras reuniones sostenidas

con dos funcionarios que se identificaron ante la Corporación como puntos focales del gobierno nacional (una funcionaria de la Presidencia de la República -Secretaría de la Transparencia- y un funcionario de la Cancillería - Dirección de Asuntos Multilaterales), la Corporación sugirió entregar información a los ciudadanos por los canales de comunicación del Estado sobre el proceso y clarificar quiénes son los funcionarios involucrados como puntos focales y expertos.

- b. Consulta a la sociedad civil para la elaboración de la autoevaluación del país:** la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, UNODC, y la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República (para la fecha Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción) organizaron en Bogotá (24 y 27 de mayo) el Taller Nacional sobre el “Mecanismo de revisión de la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, enfocado a la penalización y cumplimiento de la ley”. Asistieron funcionarios públicos de 17 entidades públicas.

Con este taller se buscó dar inicio al proceso de coordinación interinstitucional de las entidades públicas vinculadas al proceso de examen de la implementación de la UNCAC en Colombia. Aunque este taller se propuso como un evento para funcionarios públicos Transparencia por Colombia, en alianza con UNODC, abrió un espacio para la participación de la sociedad civil.

La Corporación fue panelista en cuatro módulos de capacitación para los funcionarios públicos, participó con un discurso en la ceremonia de apertura del evento junto con el Ministro del Interior y el Vicefiscal General de la Nación y monitoreó el desarrollo del taller con otras organizaciones de la sociedad civil y del sector privado, tales como Ocasa, Red de Veedurías Ciudadanas y Cámara Colombiana de Infraestructura. Este evento resultó ampliamente significativo porque permitió establecer canales de cooperación y trabajo conjunto entre representantes de las entidades públicas responsables de entregar información para elaborar la autoevaluación del Estado Colombiano, así como crear confianza sobre el rol de la sociedad civil durante el proceso de examen.²⁶

Luego del taller nacional de capacitación Transparencia por Colombia mantuvo comunicación permanente con los funcionarios puntos focales. Como parte de su plan de incidencia, Transparencia propuso al Gobierno acordar un plan de trabajo conjunto (Estado – sociedad civil) para promover y hacer seguimiento a las Convenciones Internacionales contra la Corrupción, el cual contemplaba acciones de acceso a la información pública específicas para el proceso UNCAC, así como mesas de trabajo con expertos del gobierno y la sociedad civil para discutir los avances de la autoevaluación y construir conjuntamente algunas respuestas del cuestionario.

26 Las memorias del evento pueden ser consultadas en el anexo 1 de esta publicación.

Con lo anterior se buscaba que el Informe del gobierno colombiano incluyera explícitamente la participación de la sociedad civil.

La propuesta de mesas de trabajo entre expertos del gobierno y de la sociedad civil no obtuvo los resultados esperados, entre otras razones porque:

- ❖ En la reunión de incidencia solicitada por la Corporación, que tuvo lugar en julio de 2011 con los funcionarios puntos focales, se acordó la realización de una primera mesa de trabajo en septiembre con expertos gubernamentales para discutir los avances del proceso con expertos de la sociedad. Esta reunión fue aplazada por los puntos focales debido al retraso que sufrió en el calendario el inicio formal del proceso de examen para Colombia.
- ❖ Durante los meses de septiembre a noviembre, Transparencia propuso reprogramar esta reunión llegando a una nueva fecha en enero de 2012. Esta reunión tampoco tuvo lugar ya que el Gobierno manifestó retraso en el proceso de elaboración del Informe.
- ❖ En febrero de 2012 Transparencia por Colombia remitió nuevamente comunicación para los funcionarios puntos focales con el fin de confirmar el interés del Gobierno Nacional para realizar las mesas de trabajo con expertos de la sociedad civil antes de remitir su informe a la Secretaría. La respuesta del gobierno a esta comunicación llegó ocho días antes de la fecha de entrega del Informe propuesta por parte del gobierno a la Secretaría del Mecanismo (20 de abril de 2012).
- ❖ Mediante comunicación telefónica los funcionarios puntos focales del gobierno propusieron a Transparencia por Colombia organizar una reunión con la sociedad civil en los días siguientes para presentar el Informe. Transparencia por Colombia solicitó conocer previamente el Informe del Gobierno para preparar adecuadamente la reunión, sensibilizar a los expertos de la sociedad civil sobre los propósitos del ejercicio, y llevar propuestas de respuestas y ajustes al formulario de autoevaluación del gobierno nacional.
- ❖ Los puntos focales del gobierno manifestaron la imposibilidad de entregar la información por anticipado. En este sentido, Transparencia por Colombia consideró que la reunión no sería provechosa en tanto se limitaría a escuchar el Informe del Gobierno sin contar con oportunidad de proponer ajustes al mismo. Los puntos focales propusieron una reunión posterior a la entrega del Informe con la sociedad civil.

Vale la pena resaltar que el retraso en el inicio del proceso de examen para Colombia es un aspecto que jugó un papel determinante dentro del proceso de elaboración del Informe, tanto para el gobierno como para la sociedad civil. En las reuniones de incidencia que tuvieron lugar

en julio y noviembre de 2011, los funcionarios designados como puntos focales transmitieron a Transparencia por Colombia detalles del retraso que sufrió el inicio formal de proceso de examen para el país. Luego del sorteo oficial que tuvo lugar el 30 de mayo de 2011 y que permitiría elegir los Estados examinadores para los países evaluados en el segundo año, sobrevino un periodo de indefinición sobre el nombre de uno de los países que acompañarían el proceso del *peer review*. Solo hasta el mes de septiembre de 2011 y, tras la realización de un nuevo sorteo, fue posible establecer oficialmente los nombres de los dos países examinadores para Colombia y dar inicio formal al proceso de examen del país.

En este sentido, el examen para Colombia tendrá unos tiempos distintos a los previstos por el calendario propuesto por UNODC para los países del grupo 2, pues a raíz del retraso en la selección de los evaluadores y el inicio oficial del proceso, la entrega de la autoevaluación del gobierno de Colombia tuvo lugar aproximadamente seis meses después de lo propuesto según calendario. A partir de la fecha de entrega de la autoevaluación, se deben surtir las etapas de traducción, *peer review*, teleconferencias de intercambio de información, visita *in situ* o reunión presencial y elaboración del informe final consensuado sobre el país; todas estas etapas pueden tardar aproximadamente seis meses más. Así las cosas, el informe de la sociedad civil se realizó en forma paralela a este proceso y su plan de incidencia continuará, durante 2012, promoviendo su participación en las demás etapas del proceso de examen del país.

- c. Publicación o distribución de la autoevaluación:** Entre febrero de 2011 y marzo de 2012 Transparencia por Colombia comunicó al gobierno nacional el interés de la sociedad civil de Colombia en que el gobierno autorice la publicación de la autoevaluación como una muestra de transparencia hacia los ciudadanos. Transparencia por Colombia explicó la forma de manifestar esta aprobación (marcando la casilla en el formulario del software Ómnibus).

En las reuniones de incidencia y en las comunicaciones escritas entre Transparencia con los funcionarios puntos focales se reiteró esta invitación. Los funcionarios de manera verbal manifestaron el interés del gobierno de Colombia de autorizar esta publicación acorde con los principios de buen gobierno y transparencia que guían al gobierno nacional.

En este sentido, el gobierno envió el informe de forma electrónica a algunas organizaciones de la sociedad civil y lo publicó en la página web del UNODC, previo a una reunión de socialización del informe, donde fueron invitadas algunas OSC y el sector privado.

- d. Aceptación de visita *in situ* y participación de la sociedad civil:** Entre febrero de 2011 y marzo de 2012, Transparencia por Colombia realizó acciones de sensibilización con el gobierno

nacional sobre las etapas del proceso de examen y ha llamado su atención sobre la importancia de aceptar el mecanismo de las visitas *in situ* como actividad definitiva para aumentar la transparencia del proceso y para mejorar la calidad del Informe final conjunto con los países examinadores. De igual forma, Transparencia propuso al gobierno considerar la oportunidad de invitar a la sociedad civil a la construcción y desarrollo de la agenda de la visita.

Entre los meses de mayo y noviembre de 2011, los puntos focales del gobierno manifestaron el interés del gobierno nacional de realizar visita *in situ* en el marco del proceso de examen actual, tal como lo hizo Colombia cuando participó en el ejercicio piloto sobre el funcionamiento de las visitas que impulsó UNODC entre el 24 y el 27 de marzo de 2009.

En agosto de 2012 el país se encontraba a la espera de la confirmación de la fecha de visita por parte de los países evaluadores. En ese momento el gobierno nacional reiteró su interés de invitar a participar en este proceso.

e. y f. Compromiso del gobierno con la publicación del Informe completo final de país: De acuerdo con las consultas adelantadas por Trasparencia por Colombia con los funcionarios puntos focales, el gobierno aún no ha tomado la decisión de publicar el informe al final del proceso y será parte de las definiciones que sobrevengan en el desarrollo de la segunda etapa del examen del país.

- ❖ **Entrega preliminar del Informe de la sociedad civil al gobierno nacional:** Como parte de las acciones de incidencia programadas por Transparencia por Colombia, y con el propósito de hacer entrega del informe de la sociedad civil al gobierno previo a que este concluyera la elaboración de la autoevaluación del país, la Corporación presentó los hallazgos principales de su ejercicio de monitoreo en un evento público que convocó el 9 de diciembre de 2011 en alianza con UNODC Colombia.
- ❖ Con ocasión de la conmemoración del Día Internacional contra la Corrupción, la Corporación citó a representantes del Estado colombiano, medios de comunicación y líderes de la sociedad civil y el sector privado para adelantar el foro titulado **¿Cómo va Colombia en la lucha contra la corrupción?** Durante el evento los invitados (el Ministro del Interior, la Contralora General de la República, el Director de Evaluación de Políticas Públicas del Departamento Nacional de Planeación), la comunidad internacional (Representante en Colombia de UNODC) y la sociedad civil (Transparencia por Colombia) presentaron diagnósticos y análisis sobre el fenómeno y sobre el desempeño de las políticas e instituciones para la lucha contra la corrupción.

Uno de los hallazgos presentados por Transparencia por Colombia sobre el proceso fue la ausencia de estadísticas oficiales sobre corrupción y las dificultades encontradas por la Corporación para acceder a información, incluso tras solicitudes formales a las entidades públicas. Debido a la manifestación hecha públicamente por Transparencia y la difusión masiva que tuvo la noticia en medios de comunicación, la Corporación recibió respuesta por parte de las entidades a sus solicitudes de información aproximadamente un (1) mes después del evento.²⁷ Lo anterior es resultado como uno de los grandes logros de incidencia del evento.

B. ACCESO A LA INFORMACIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL INFORME²⁸

Aunque en Colombia existe un marco constitucional y desarrollos jurisprudenciales sobre el acceso a la información, así como mecanismos para ejercer y defender el derecho de acceder a la información pública, como el Derecho de Petición (artículo 23 de la Constitución y artículo 17 del Código Contencioso administrativo), el recurso de insistencia (artículo 21 de la Ley 57 de 1985) y la Tutela, entre otros, este derecho aún no ha recibido un tratamiento autónomo ni reconocimiento independiente en el nivel legislativo.²⁹ En consecuencia, tanto en el ejercicio administrativo como en la actividad cotidiana de los funcionarios hay resistencia a facilitar el acceso a la información. La dispersión normativa y **la ausencia de una ley estatutaria de acceso a la información** propician este comportamiento.³⁰

27 Las memorias del foro realizado el 9 de diciembre puede consultarse en el anexo II de esta publicación. Información en línea sobre el evento puede consultarse en los sitios <http://www.transparenciacolombia.org.co/NOTICIAS/DíaAnticorrupción/tabid/321/language/es-ES/Default.aspx> <http://www.transparenciacolombia.org.co/NOTICIAS/tabid/134/ctl/Details/mid/755/ItemID/359/language/es-ES/Default.aspx> En el evento se hizo lanzamiento de la campaña internacional de sensibilización “Es Tiempo de Despertar”. www.tiempodespertar.org.co

28 Para desarrollar esta sección se usó la metodología propuesta por Transparencia Internacional en el *Completed parallel review questionnaire*, sección II – Acceso a la información.

29 Corporación Transparencia por Colombia. Preguntas frecuentes sobre el **proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública**- ¿Por qué es necesaria la Ley si ya existen mecanismos como el Derecho de Petición? [Documento en línea] <http://transparenciacolombia.org.co/NOTICIAS/tabid/134/ctl/Details/mid/755/ItemID/410/language/es-ES/Default.aspx>

30 Corporación Transparencia por Colombia y Grupo Método. Resumen Ejecutivo, Informe de la Sociedad Civil de Colombia al Mecanismo de Seguimiento a la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción MESICIC Ronda III, Bogotá, agosto de 2009. [Documento en línea] <http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/RESUMEN%20EJECUTIVO%20INFORME%20OSC%20COLOMBIA.pdf>

La reserva sobre la información es la norma y no la excepción. Con frecuencia en las oficinas públicas erróneamente se desconoce jurisprudencia de la Corte Constitucional y disposiciones consagradas en Tratados Internacionales por no existir una disposición interna que reitere un mandato específico de proveer información. Sumado a lo anterior, en Colombia el acceso a la información genera resistencia. En ocasiones se percibe como un principio de la gestión pública que genera sospecha frente a las solicitudes de los ciudadanos, más que como un derecho fundamental en sí mismo y un pilar para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Finalmente, y en parte por razones presupuestales y de captura de información, pero también por discrecionalidad del funcionario, la entrega de la información pública es discriminada: depende del grado de cercanía, las argumentaciones, el poder del solicitante y los efectos que se produzcan para el Estado con el acceso informativo. En estas circunstancias, **una norma legal estatutaria** garantiza que el acceso a la información sea la regla y la reserva la excepción. Igualmente, permitiría crear un procedimiento claro al cual debe sujetarse la función pública, para revertir la cultura de secreto y opacidad³¹.

En Colombia no hay una entidad encargada de promover el acceso a la información y de recopilar datos y estadísticas en un sistema único para los ciudadanos. Se presenta al tiempo una subutilización de la información y precariedad de los sistemas de información, así como falta de unificación, compatibilidad y herramientas efectivas y modernas que faciliten y agilicen el acceso.³²

A pesar que los mecanismos constitucionales de la Acción de Tutela y el Derecho de Petición, han permitido que los ciudadanos accedan a cierta información y logren una respuesta del Estado para que se les garanticen y restituyan derechos vulnerados³³, la tensión tradicional entre autoridades y ciudadanos a la hora de solicitar información pública se mantiene en el país y particularmente frente a temas álgidos para la política colombiana.³⁴

Dado que se requiere más de una norma para transformar esta realidad, y comprendiendo la necesidad de otorgar mayor reconocimiento al derecho al acceso a la información pública y la histórica dispersión legislativa de mecanismos para acceder a este derecho fundamental, Transparencia por

31 Corporación Transparencia por Colombia y De Justicia. Exposición de motivos de la propuesta de proyecto de ley de Acceso a la Información, Bogotá, septiembre de 2010.

[Documento en línea] http://freedominfo.org/documents/colombiaexposicion_motivos_acceso_colombia.pdf

32 Corporación Transparencia por Colombia y Grupo Método. Op. Cit.

33 Corporación Transparencia por Colombia y De Justicia. Op. Cit.

34 Se valoran positivamente los esfuerzos institucionales desarrollados por mejorar el desempeño del Estado en la garantía del acceso a la información pública, especialmente por parte de programas como Gobierno en Línea del Ministerio de las Tecnologías de Información, de entidades como la Secretaría de la Transparencia (antiguo Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción), el Departamento Nacional de Planeación, y las decisiones de la Presidencia de la Repùblica desde 2010 para implementar acciones de buen gobierno y transparencia que modifiquen la cultura burocrática del secreto instalada con fuerza en la institucionalidad colombiana.

Colombia (TPC) y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, con el apoyo de la Alianza Más Información Más Derechos³⁵, presentaron en noviembre de 2011 ante el Congreso de la República el proyecto de Ley Estatutaria de Acceso a la Información. Dicho proyecto busca reglamentar el derecho ciudadano de recibir respuesta a las solicitudes de acceso a la información pública y el deber estatal de visibilizar y promover activamente esta información sin necesidad de solicitud previa, basado en la cultura y principio de transparencia. El proyecto de ley está basado en la Ley Modelo de Acceso a la Información de la Organización de Estados Americanos (OEA) y en legislación de otros países³⁶. El 20 de junio de 2012, fue aprobado en conciliación por las plenarias de la Cámara de Representantes y el Senado de la República. Por ser un proyecto de ley estatutaria debe ser revisado previamente por la Corte Constitucional para evaluar su constitucionalidad; de recibir su visto bueno, pasaría a sanción presidencial para ser promulgado como ley de la República. Es importante mencionar que este proyecto ha contado con el apoyo del gobierno nacional, liderado por la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República, como uno de los compromisos de la Alianza de Gobierno Abierto.

Ahora bien, para adelantar las solicitudes de información que permitieron llevar a cabo este informe, **Transparencia por Colombia no apeló a la legislación específica**. La Corporación, como organización de la sociedad civil, ha venido construyendo una relación como interlocutor válido con las instituciones de Colombia desde 1998. Las solicitudes desde Transparencia se hicieron por medios formales e informales, escritos y verbales, hacia diferentes instituciones y funcionarios, manifestando abiertamente su intención de desarrollar su papel como organización de la sociedad civil, en el monitoreo a la transparencia del proceso de examen desarrollado por el gobierno y la elaboración de un informe independiente.

Transparencia por Colombia contactó a las siguientes instituciones para obtener información oficial:

- ❖ Secretaría de la Transparencia (Anterior Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción)
- ❖ Ministerio de Relaciones Exteriores – Cancillería
- ❖ Alta Consejería para el Buen Gobierno y la Eficiencia Administrativa
- ❖ Fiscalía General de la Nación
- ❖ Contraloría General de la República
- ❖ Procuraduría General de la Nación

35 La Alianza Más Información Más Derechos está conformada por un grupo de organizaciones sociales en Colombia que desde 2009 promueven el acceso a la información en el país. Ver <http://masinformacionmasderechos.net/>

36 Corporación Transparencia por Colombia. Op. cit.

- ❖ Auditoría General de la República
- ❖ Unidad Administrativa especial de Información Análisis Financiero

El proceso de recolección de información e incidencia se realizó a través de varias etapas entre el cuarto trimestre de 2011 y el primer trimestre de 2012, tiempo durante el cual se privilegiaron acciones de investigación con expertos e interlocución entre Transparencia por Colombia y las entidades del Estado.

- ❖ Entre los meses de octubre de 2011 y febrero de 2012 se trabajó con la Alta Consejería para el Buen Gobierno y la Eficiencia Administrativa y el Departamento Nacional de Planeación presentando aportes para la elaboración del capítulo de Transparencia y Lucha contra la Corrupción del Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014. En el texto aprobado y vigente se encuentra incluido el papel de las Convenciones Internacionales contra la Corrupción.
- ❖ Entre los meses de noviembre de 2011 y marzo de 2012, se hizo entrega de recomendaciones al Ministerio del Interior y se participó en audiencias públicas en el Congreso dentro del proceso de discusión y aprobación del Estatuto Anticorrupción. La exposición de motivos y la presentación del Estatuto incluyen el cumplimiento de las Convenciones Internacionales como uno de los objetivos para su expedición.
- ❖ Entre los meses de junio y agosto de 2011 se elaboraron lineamientos para la política pública de lucha contra la corrupción, los cuales fueron entregadas a la Alta Consejería para el Buen Gobierno y la Eficiencia Administrativa. Se dio especial relevancia a los compromisos del Estado colombiano frente a las Convenciones Internacionales.
- ❖ Entre junio y septiembre de 2012 se adelantó, con el apoyo de expertos, la revisión legislativa y jurisprudencial de la penalización de corrupción en Colombia de cara al Capítulo III y IV de la Convención.
- ❖ Entre los meses de mayo y noviembre de 2011 se llevaron a cabo tres mesas de trabajo, talleres y entrevistas con sesenta funcionarios públicos de entidades de gobierno, órganos de control, expertos juristas y representantes del sector privado.

Durante el ejercicio, se encontraron los siguientes obstáculos frente a la obtención de la información:

- ❖ **El proceso de examen no fue reconocido por los altos niveles de gobierno en el país.**

- ❖ Los funcionarios puntos focales de Colombia requirieron mayores tiempos para coordinar el proceso con las entidades involucradas, así como para definir acciones como la selección de expertos del país, la finalización de su reporte o la publicación de la autoevaluación.

- ❖ Los expertos gubernamentales seleccionados por Colombia para coordinar la autoevaluación temática no fueron presentados públicamente y sus nombres a la fecha no fueron actualizados en la lista oficial que provee el gobierno nacional a UNODC y que esta organización publica en su sitio web http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/IRG-xperts/English/Colombia_E.pdf

❖ **Ausencia de información pública clara, completa y oportuna sobre estadísticas y resultados de lucha corrupción** es materia de preocupación para Colombia y fue uno de los mayores retos para el desarrollo de la investigación y análisis que requería este informe:

- ❖ La disponibilidad de datos es precaria y la información que se entrega a los ciudadanos tras solicitudes no es completa. En este sentido, la información sobre los juicios y las actuaciones de los órganos de control y de investigación que permite entender por qué unos casos prosperan y otros no, es opaca y limitada. Datos oficiales o reportes que resuman los casos de corrupción y la gestión de las autoridades son casi inexistentes, por tanto son los medios de comunicación la única fuente que cuenta con registros de los avances de los casos, con la limitación implícita de su enfoque periodístico.
- ❖ La Fiscalía General de la Nación no cuenta con un sistema de información abierto al público que permita generar estadísticas acerca de los delitos más investigados. De hecho, al interior de la Fiscalía General de la Nación es muy difícil generar una relación de delitos contra la administración pública. Esto último, en buena parte, obedece al hecho de que algunos procesos son llevados por la Unidad Nacional de Delitos Contra la Administración Pública, y otros en las distintas seccionales que la Fiscalía General de la Nación tiene en el territorio colombiano. Incluso los procesos que son adelantados en la Unidad Nacional de Delitos Contra la Administración Pública, carecen de sistematización rigurosa.

En este sentido, por lo general, el acceso a la información disponible al público está limitada a aquella divulgada en los boletines estadísticos publicados, los cuales tienen periodicidad trimestral, pero que no explican mayores detalles sobre los casos de corrupción, ni entregan información con un lenguaje claro para los ciudadanos.

- ❖ Durante 2010 y 2011 el país se vio abocado a la circulación en medios de comunicación de información sobre escándalos y noticias de todo tipo sobre hechos de corrupción. Si bien la visibilización de los casos de corrupción fue un elemento positivo para despertar conciencia sobre la gravedad del fenómeno en Colombia, las entidades del Estado no respondieron en la misma medida sistematizando estadísticas y entregando reportes oficiales a los ciudadanos que permitieran comprender los avances y dificultades propias de la investigación y penalización de la corrupción en el país.

La euforia y el rechazo social que generan las noticias sobre hechos de corrupción y las capturas de presuntos responsables no se compaginan con la respuesta del sistema judicial. En este sentido, las instituciones responsables de la lucha contra la corrupción y el gobierno nacional corren el gran riesgo de perder credibilidad sobre las acciones que adelantan y de profundizar la idea de impunidad frente a estos delitos; al tiempo, la sociedad misma se enfrenta al peligro de aceptar la ocurrencia de casos de corrupción como parte de la cotidianidad y de encontrar incentivos en la falta de sanción ejemplar a estos delitos.

◆ **Retraso en la respuesta a las solicitudes de información por parte de las autoridades competentes**

- ❖ El principal argumento aludido para el retraso, en la respuesta a las solicitudes de información, es la falta de estadísticas consolidadas sobre la aplicación de la ley penal para delitos de corrupción:
- ❖ Si bien el Gobierno de Colombia muestra amplia información sobre implementación de programas y normas anticorrupción ante organismos internacionales, no lo hace cuando se solicitan **resultados estadísticos**. La anterior conclusión hace parte de los resultados del estudio comparativo entre veinte países denominado *Cuenten lo que han hecho*, que fue publicado en 2011 por Transparencia Internacional y Access Info Europe. En esta ocasión Transparencia por Colombia participó elevando derechos de petición sobre implementación normativa y resultados de la aplicación de la UNCAC en Colombia a diferentes entidades del país. Si bien las entidades respondieron en los términos legales, la única información que no fue entregada a Transparencia por Colombia fue aquella relacionada con denuncias, investigaciones y sanciones frente a hechos de corrupción en la contratación pública³⁷.
- ❖ La falta de disponibilidad de información sobre estadísticas de casos de corrupción volvió a hacerse evidente en agosto de 2011 cuando se elevaron solicitudes de información específicas para la elaboración del informe de la sociedad civil. En Colombia la información oficial discriminada sobre delitos de corrupción no está disponible para consulta de los ciudadanos, sin embargo, tras ser solicitada formalmente por la Corporación, fue recopilada y entregada por las entidades respectivas aproximadamente cinco meses después de realizada su solicitud.

Las solicitudes se elevaron a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República³⁸. Tras los pronunciamientos de Transparencia por Colombia

³⁷ Para conocer el estudio completo y las conclusiones sobre Colombia consultar los sitios http://transparenciacolombia.org.co/informeanual2010/15_06_03_especial_convencion_03.html

<http://www.access-info.org/es/anti-corruption/91-cuenten-lo-que-han-hecho>

³⁸ Esta última como parte civil o como víctima dentro de procesos penales de delitos contra la administración pública, y en su rol de

el 9 de diciembre de 2011, en los que se hacía alusión a la falta de respuesta de las entidades públicas a solicitudes sobre estadísticas de lucha contra la corrupción, se recibió su respuesta en enero de 2012. Aun después de ser recopiladas y entregadas tales estadísticas a la Corporación, tal información no ha sido dada al conocimiento de los ciudadanos.

◆ **La información sobre estadísticas de corrupción proporcionada por las entidades es dispersa y limitada frente a los detalles de los casos.**

- ❖ La Procuraduría General de la Nación remitió un oficio a la Fiscalía General de la Nación trasladando la solicitud de información sobre estadísticas hecha por Transparencia por Colombia.
- ❖ Cabe resaltar que por parte de la Contraloría General de la República se entregó a la Corporación, información amplia pero dispersa sobre estadísticas de los procesos en los que viene actuando ese organismo en Bogotá y las gerencias departamentales, así como en el seguimiento a entidades a nivel nacional y territorial entre los años 2009 y 2011 (256 folios). Mediante las estadísticas allegadas por el ente de control, es posible identificar las entidades involucradas y los delitos por los cuales se adelantan los procesos, números de los radicados de los expedientes entre otros. A la fecha esta información no ha sido publicada por la Contraloría para el público en general.

Se motiva al ente de control a publicar esta información acompañada de análisis sobre el estado de los procesos, los logros y las dificultades, lo cual permitiría al ciudadano y los medios de comunicación tener una visión más comprehensiva de la labor del ente de control dentro de los procesos que salen a la luz pública, los roles de las entidades involucradas, así como el funcionamiento de los procesos penales y fiscales para los casos de corrupción.

- ❖ Por su parte, la Fiscalía General de la Nación entregó estadísticas consolidadas – agregadas (junio de 2009 - junio de 2011) sobre delitos y la etapa procesal tras la solicitud de información hecha por parte de Transparencia por Colombia facilitando un formato específico. Si bien la información permite hacer una aproximación general al panorama de los procesos penales por corrupción, las estadísticas sin la identificación básica de los casos que representan cada delito limitan la comprensión y análisis del funcionamiento del sistema penal, así como no permiten realizar comparaciones entre la información conocida por los ciudadanos a través de los medios de comunicación y la efectiva penalización de la corrupción.

- ❖ Una vez recopilada y entregada esta información a Transparencia por Colombia a la fecha no ha sido publicada por la Fiscalía para conocimiento y análisis del público en general.
- ❖ De manera complementaria es posible hallar información sobre las actuaciones de la Fiscalía en los delitos contra la administración pública, extinción de dominio, lavado de activos y cooperación jurídica internacional con resumen sobre casos relevantes en el Informe Anual de Rendición de Cuentas a los Ciudadanos 2011.³⁹

C. “LOS MÍNIMOS” FRENTE A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN: LOS ARTÍCULOS CLAVE DE LA UNCAC EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COLOMBIA

Si bien se espera que todos los Estados Parte de la Convención castiguen la corrupción en todas sus formas e implementen en su totalidad los mandatos de la UNCAC, el texto de la Convención incluyó requisitos facultativos⁴⁰ que otorgan cierto margen de maniobra a los Estados para adoptar normatividad de acuerdo con sus regímenes políticos y jurídicos. Sin embargo, dentro de la laxitud que pueda otorgar la Convención, esta define unos “mínimos”, como son los requisitos obligatorios, que establecen un piso común entre los Estados para impulsar el castigo nacional e internacional de las formas más tradicionales y al tiempo más dañinas de corrupción.

Transparencia Internacional identificó nueve artículos dentro de las medidas obligatorias y facultativas contempladas en la Convención que pueden ser considerados clave para la lucha contra la corrupción. Estos artículos, implementados debidamente por los Estados, aportan de manera decidida a edificar políticas públicas integrales para combatir el fenómeno desde la perspectiva penal. Por medio de la metodología de informes paralelos de la sociedad civil propuesta por TI y canalizada a través de la UNCAC Coalition, cerca de sesenta organizaciones de la sociedad civil en el mundo reportarán la implementación de la UNCAC en diferentes países enfocándose en los artículos seleccionados.

A continuación se presentan los resultados de la revisión adelantada por la sociedad civil de Colombia sobre la implementación normativa que ha hecho el Estado colombiano de **nueve artículos claves** de los capítulos III y IV de la UNCAC.

39 Para consultar el Informe de Rendición de Cuentas de la Fiscalía General de la Nación 2011 remitirse al sitio <http://fgn.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/Informe-de-Gestion-2011.pdf>

40 Para ver las definiciones de los requisitos remitirse a la introducción en el apartado “Los mandatos de la UNCAC” del presente documento.

| TABLA 2: RESUMEN IMPLEMENTACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA UNCAC EN COLOMBIA⁴¹

La información que se presenta a continuación fue recopilada entre julio de 2011 y marzo de 2012.

Artículo UNCAC	Estado de la implementación (Este artículo está implementado: Completamente/parcialmente/ O sin implementar)	¿Cómo es el cumplimiento ⁴² en la práctica de estas disposiciones? (Bien/ Moderado/ Pobre)
Art. 15 (Soborno a funcionarios públicos nacionales)	<input checked="" type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No Desde el punto de vista de adopción de normas, Colombia cumple con los estándares de la UNCAC	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre Debilidades e inconsistencias en la investigación de casos y bajos niveles de sanción.
Art. 16 (Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas)	<input type="checkbox"/> Si <input checked="" type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No Se cuenta con un marco legal que permite castigar este delito ajustando a los estándares generales de la UNCAC, aunque no se ha adoptado el párrafo 2 del artículo relacionado con "solicitud o aceptación".	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre Ausencia de estadísticas sobre investigaciones.
Art.17 (Malversación o Peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público)	<input checked="" type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No Colombia cumple con los estándares de la UNCAC, a través de la tipificación de varios delitos.	<input type="checkbox"/> Bueno <input checked="" type="checkbox"/> Moderado <input type="checkbox"/> Pobre Los procesos penales sufren retrasos excesivos y las sanciones penales y monetarias resultan débiles para los ciudadanos frente al daño causado por los casos de corrupción.
Art. 20 (Enriquecimiento ilícito)	<input type="checkbox"/> Si <input checked="" type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre
Art.23 (Blanqueo del producto del delito)	<input type="checkbox"/> Si <input checked="" type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre
Art. 26 (Responsabilidad de las personas jurídicas)	<input type="checkbox"/> Si <input checked="" type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre
Art. 32 y 33 (Protección de testigos, peritos y víctimas; protección de denunciantes)	<input type="checkbox"/> Si <input checked="" type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre
Art. 46(No.9)(b)&(c) (Asistencia Judicial Recíproca)	<input type="checkbox"/> Si <input checked="" type="checkbox"/> En parte <input type="checkbox"/> No	<input type="checkbox"/> Bueno <input type="checkbox"/> Moderado <input checked="" type="checkbox"/> Pobre

41 La metodología aplicada para dar respuesta a esta sección resultó de adaptar la estructura de las respuestas del cuestionario de autoevaluación para los países Omnibus desarrollada por UNODC con el formato Short Report Template y su anexo Completed parallel review questionnaire propuesto por Transparencia Internacional. En la primera etapa de revisión jurídica Transparencia por Colombia estudió y respondió la totalidad del cuestionario Omnibus. Posteriormente, con el propósito de entregar un registro comparable con los informes producidos por organizaciones de la sociedad civil en otros países, se elaboró este informe tomando como base las partes principales de los formatos propuestos por Transparencia Internacional.

42 En la versión original en inglés de este formulario la palabra usada es *enforcement*, la cual tiene un significado mucho más poderoso que cumplimiento. *Enforcement* se refiere a la capacidad de las instituciones del Estado para hacer cumplir o aplicar las normas. Bajo esta interpretación se responderá el cuestionario.

Aspectos clave relacionados con la implementación y cumplimiento de la UNCAC en el marco legal

Frente a la implementación normativa:

En general, desde el punto de vista regulatorio y en relación a la investigación hecha por Transparencia por Colombia, Colombia reconoce los estándares básicos especificados en la UNCAC.

En relación con el artículo 15 “Soborno de funcionarios públicos nacionales”⁴³, aunque el Estado Colombiano en su legislación penal no utiliza la denominación “soborno” para las conductas descritas en este apartado, sí incorpora los elementos principales de lo que se configura como soborno activo y pasivo a funcionarios públicos (numerales a y b Art.15 UNCAC) como delitos contra la Administración Pública dentro del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000). En el título XV sobre los Delitos contra la Administración Pública en el capítulo tercero “Del Cohecho”, se establecen penas de prisión, multas e inhabilidades para el ejercicio de derechos y funciones públicas a quienes reciban sobornos.

Frente al mandato de la Convención para penalizar el Soborno, las conductas tipificadas en el Código Penal se denominan **Cohecho por dar y ofrecer** (Art. 407: “El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público”); **Cohecho propio** (Art. 405 “servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales”); **Cohecho impropio** (Art. 406: “servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones”) y **Concusión** (Art. 404: “El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite”). De manera complementaria, la denominación “**soborno**” se emplea para definir el delito en “el que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente” (Art. 444 del Código Penal, modificado con aumento en la pena por el Art. 31 del Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011). Teniendo en cuenta lo anterior, la sanción del soborno frente a testigos en Colombia va de la mano con la implementación de otro artículo de la Convención (Art. 25) como lo es la **Obstrucción a la Justicia**.

⁴³ El artículo 15 de la UNCAC dice: “cada Estado parte **adoptará las medidas legislativas** y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.”

El Estatuto Anticorrupción incluyó la posibilidad de aplicar el Principio de Oportunidad para los delitos de cohecho. Por medio de esta reforma, el artículo 24 de la Ley 906 de 2004 incluiría un numeral 18 con la siguiente disposición: “Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas”.

En relación con el artículo 16 “Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas”⁴⁴, el Estado colombiano cuenta con marcos legales orientados a prohibir y sancionar la comisión de esta conducta, definida en el Código Penal colombiano como *soborno transnacional*. Específicamente, en el artículo 433 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), Título XI, correspondiente a los delitos relacionados con la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de la función pública. El artículo 433 fue modificado por el artículo 30 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) que definió la conducta para “El que dé u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de éste o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial (...).” El nuevo artículo estipula una definición para servidor público extranjero muy similar a la prevista en el artículo 2, numeral b, de la UNCAC: “se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.”

44 De acuerdo con el artículo 16 de la UNCAC, “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Con las modificaciones introducidas por el Estatuto Anticorrupción al artículo original del Código Penal, el Estado Colombiano dio un avance hacia una mejor tipificación de este delito. En primer lugar se eliminan las calidades especiales del sujeto activo, en el sentido en que puede ser cualquier persona y no necesariamente un nacional con residencia actual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo; en segundo lugar, incluye un nuevo elemento normativo que consiste en la obtención por parte del agente de un provecho propio o de un tercero; y por último se establece que se incurrirá en el delito así el funcionario público extranjero que se soborna no esté en ejercicio de sus funciones.⁴⁵ Adicionalmente, se incluyen como sujetos de soborno a funcionarios de organizaciones internacionales públicas.

Aun con los avances, **el Estado colombiano no ha adoptado en su legislación las medidas que contiene el segundo párrafo** del artículo 16 de la UNCAC: “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido (...) con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales”. De acuerdo con la guía legislativa de la UNCAC, este párrafo no se considera una medida de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte; no obstante, la sociedad civil recomienda que se tipifique esta conducta en cumplimiento de dicha Convención, en aras de fortalecer la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales públicas.

Lo anterior cobra relevancia al considerarse dos factores: i) Colombia es un importante receptor de créditos de cooperación internacional y de créditos de organismos multilaterales y ii) la vulnerabilidad de algunos sectores económicos claves como los de armamento, construcción, transporte y comunicaciones, en los que son frecuentes las transacciones comerciales internacionales, haciéndolos propensos al soborno transnacional. Dado que aún no se ha regulado la conducta de “**solicitud o aceptación**” de beneficios indebidos por parte de funcionarios públicos extranjeros, se considera que este artículo está implementado de manera parcial en Colombia y abre la puerta para que funcionarios públicos extranjeros puedan evadir la responsabilidad frente a delitos de cohecho.

En relación con el artículo 17 “Malversación o Peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público”⁴⁶, la legislación colombiana incluye esta disposición

⁴⁵ Santacruz, Carlos Felipe, 2011, Estatuto Anticorrupción. Documento de trabajo elaborado para Transparencia por Colombia en el marco del proyecto “Construcción colectiva de lineamientos de política del Estatuto Anticorrupción en relación con el sector privado”, financiado por la Embajada Británica en Colombia.

⁴⁶ De acuerdo con la UNCAC, “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

en el Código Penal, en el Título XV sobre los Delitos contra la Administración Pública, como Peculado por apropiación (Art. 397), Peculado por uso (Art. 398) y Peculado por aplicación oficial diferente (Art. 399).

La tipificación del **Peculado por apropiación** establece que “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado 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 por el mismo término.” Así mismo, indica que cuando el valor de lo apropiado supere la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena aumentará hasta la mitad. Sin embargo, se definen unos topes: por una parte, como tope superior las multas por la comisión de este delito no podrán superar los cincuenta mil salarios mínimos legales vigentes y como tope inferior, si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

El delito de **Peculado por uso** se define así: “El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”

Con relación al **Peculado por aplicación oficial diferente** se establece que “El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.”

Las penas para estos tres delitos fueron aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 que entró a regir el 1o de enero de 2005. En los delitos de Peculado por uso y Peculado por aplicación diferente (artículos 398 y 399 del Código Penal), los apartes subrayados fueron declarados exequibles

por la Corte Constitucional de Colombia en 2003 bajo el entendido que no se refieren a la inhabilidad intemporal para ejercer funciones públicas.

Los artículos 399 y 400 del Código Penal fueron modificados por la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) en los artículos 23 y 24, al contemplar como circunstancia de agravación punitiva el “peculado por aplicación oficial diferente frente a **recursos de la seguridad social y seguridad social integral**” en el que la pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

Además de los tres delitos tipificados en Colombia como peculado, el derecho interno colombiano tipifica el delito de **peculado culposo** definiéndolo como conductas en donde “el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo” en que se incurre por negligencia, imprudencia, impericia o violación de normas legales y reglamentarias. A esta modalidad no se refiere la Convención, que específicamente precisa “cuando se cometan intencionalmente”, lo que en el derecho interno colombiano se denomina “la conducta dolosa”, en la cual “el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar” (Art. 22, Código Penal). En este sentido, la ley establece que “el servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.” Para este mismo delito se gravarán las penas de una tercera parte a la mitad cuando se dé aplicación oficial diferente a los recursos destinados a la **seguridad social integral**. Este último fue adicionado por el artículo 24 del Estatuto Anticorrupción.

En relación con el artículo 20, Enriquecimiento ilícito⁴⁷, este delito está definido en el artículo 412 del Código Penal colombiano, en el título XV sobre Delitos contra la Administración Pública, frente al cual “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

⁴⁷ De acuerdo con el artículo 20 de la UNCAC, “Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte **considerará la posibilidad de adoptar** las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.” De acuerdo con la redacción de este artículo, tal disposición es considerada un “requisito facultativo” para los Estados Parte, es decir, la tipificación de este delito está sujeta a la constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado.

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". Las penas para este delito fueron aumentadas por el artículo 29 de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción. También se contempla el delito de Enriquecimiento ilícito de particulares (Art. 327, Código Penal) para aquel "que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

En cuanto al **artículo 23, Blanqueo del producto del delito**⁴⁸, la legislación colombiana ha desarrollado ampliamente los tipos penales que tienen que ver con el delito de blanqueo del producto del delito. Por una parte, respondiendo a los tres primeros puntos del artículo que menciona la Convención, a saber: **la conversión o la transferencia del producto del delito** (inciso i del apartado a del párrafo 1); **la ocultación o disimulación del producto del delito** (inciso ii del apartado a del párrafo 1) y **la adquisición, posesión o utilización del producto del delito** (inciso i del apartado b del párrafo 1).

También se ha establecido en la normatividad una amplia gama de delitos que apuntan no sólo a penalizar el delito específico de blanqueo del producto del delito, sino también a los **delitos determinantes** entendidos como "todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la UNCAC. Frente al delito de lavado de activos tipificado en la legislación colombiana en el artículo 323 del Código Penal y posteriormente modificado por el artículo 42 de la Ley 1453 de 2011, se incluyen como delitos determinantes los siguientes:

- Extorsión,
- Enriquecimiento ilícito,

48 El artículo 23 exige que los Estados Parte tipifiquen los cuatro delitos relacionados con el blanqueo de dinero que se exponen a continuación:

"Cada Estado Parte **adoptará**, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; b) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; c) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico; d) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; e) La participación en la comisión de cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión".

- Secuestro extorsivo,
- Rebelión,
- Tráfico de armas,
- Delitos contra el sistema financiero,
- Delitos contra la administración pública,
- Delitos vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir,
- Delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

En este sentido, el Código Penal (Ley 599 de 2000) en el Título X sobre Delitos contra el orden económico social establece en el Capítulo V, el artículo 323 de **Lavado de activos**, en el que se determina que “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes.” Así mismo, se indica que estas mismas penas se aplicarán cuando las conductas descritas se realicen sobre bienes para los que se haya declarado la extinción de dominio. Este delito también será penalizado cuando se haya realizado “total o parcialmente en el extranjero”. El artículo 323 también establece un aumento de una tercera parte a la mitad en las penas previstas para este delito “cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeren mercancías al territorio nacional y cuando se introduzcan al país mercancías de contrabando”.

Esta disposición fue reformada inicialmente por la Ley 747 de 2002 (Art. 8) y posteriormente por el artículo 42 de la Ley 1453 de 2011, para ampliar la gama de delitos determinantes e incluir entre estos el tráfico de migrantes y la trata de personas. Sin embargo, el “testaferrato” (Art. 326), que es la práctica más común para el ocultamiento de activos derivados de la corrupción, solo se define como delito cuando se comete en relación con los delitos de “narcotráfico y conexos” y posteriormente se modificó por medio del artículo 7 de la Ley 733 de 2002 para incluir la misma pena para cuando la conducta se realice con dineros provenientes de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

El lavado de activos es un delito autónomo, por lo cual se puede juzgar y condenar por lavado de activos independientemente de que exista una condena previa por un delito determinante.

Frente al cumplimiento en la práctica:

En relación con el artículo 15, Soborno de funcionarios públicos nacionales, para la sociedad civil resultan preocupantes las dificultades de las autoridades para recopilar la carga probatoria suficiente para enfrentar procesos de corrupción sofisticados, que involucran redes de crimen organizado entre personas con alto poder de influencia en el sector público y privado. Escándalos de corrupción como el de la “Yidis Política”⁴⁹ demostraron a los ciudadanos las dificultades en la aplicación de la norma del cohecho en Colombia: la ex congresista Yidis Medina, confesa por el delito de aceptar dádivas fue condenada a 48 meses de prisión en 2008, mientras que los señalados como supuestos autores de los ofrecimientos no han sido condenados penalmente, aun cuando la Fiscalía concluyó como hecho probado en la sentencia contra la ex congresista Medina (así como en las de Teodolindo Avendaño e Iván Mateus, también condenados en el marco de este proceso) que Diego Palacio Betancourt y Sabas Pretel de la Vega, actuando como ministros, fueron los supuestos responsables de ofrecer las dádivas a los parlamentarios para obtener los votos definitivos que permitirían la aprobación de la reelección presidencial en el Congreso. La opinión pública colombiana espera el esclarecimiento de este caso, en el cual se condena penalmente a quien recibe el soborno pero no a quienes lo ofrecen. En mayo de 2012, casi cuatro años después de la condena contra la ex congresista, la Fiscalía General llamó a juicio a uno de los ex ministros vinculados al caso.

Si bien el Código Penal obliga castigar tanto a quienes reciben dinero o prebendas como también a quienes hacen los ofrecimientos, los casos de corrupción más representativos que fueron puestos a la luz pública entre 2007 y 2011 muestran grandes debilidades e incoherencias en el proceso de investigación, así como en las sanciones impuestas, particularmente frente a los funcionarios públicos y empresarios con mucho poder dentro de la sociedad colombiana. Los resultados de la aplicación de la ley, frente a la penalización de conductas en las que el funcionario solicita o acepta dádivas para sí o para terceros (cohecho propio e impropio), son pobres teniendo en cuenta que este tipo de conductas de corrupción son relativamente comunes en el desempeño de la función pública en Colombia, tanto en el ámbito nacional como en el regional y el local.

En relación con el artículo 16, Soborno de funcionarios públicos extranjeros, llama la atención que a pesar de encontrarse tipificado el soborno transnacional en el ordenamiento jurídico co-

49 Escándalo de corrupción que vinculó a dos ministros del gobierno de Álvaro Uribe Vélez por supuestos ofrecimientos a congresistas para cambiar su voto y favorecer la aprobación de una reforma constitucional que permitiera la reelección presidencial en el ordenamiento jurídico colombiano,

lombiano desde el año 2000 con la Ley 599, de acuerdo con la consulta realizada a los sistemas de información de la Fiscalía, sólo se encuentran registradas tres investigaciones de Ley 600 de 2000 hasta el presente. Estos tres casos aparecen inactivos porque concluyeron con decisión inhibitoria. Incluso, desde que entró en vigencia el sistema acusatorio en 2004 hasta hoy, no ha habido ni una sola investigación por soborno trasnacional. Esto se pudo corroborar con los datos suministrados por la Fiscalía de cara a la elaboración de este informe, donde no aparecen registros sobre la comisión de este delito hasta 2011. Vale la pena preguntarse si este fenómeno obedece a que no se presentan denuncias para estos delitos, a que no se cometen, o a que no se percibe como reprochable la comisión de los mismos. La Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Unidad de Información, no cuentan con un sistema de información estadística y acceso público sobre este tipo de delitos. Adicionalmente, es importante considerar que la correcta aplicación de este artículo de la Convención en Colombia **puede ser limitada**, en tanto que se refiere específicamente a “organizaciones internacionales públicas” y se debe considerar que buena parte de los programas y proyectos de la cooperación internacional se ejecutan por organismos o instituciones de derecho privado mediante diversos arreglos y modalidades contractuales. Este punto es fundamental en la Convención de la OCDE.

En relación con el artículo 17, Malversación o Peculado, el informe de la sociedad civil encuentra con preocupación que las investigaciones frente a este delito no finalizan en sanciones contundentes para los culpables que permitan por un lado castigar la gravedad del daño causado a la sociedad, en tanto se relacionan directamente con detrimento patrimonial del Estado y mal uso de los recursos destinados a garantizar derechos y bienes sociales, y por otro lado, recuperar efectivamente el monto de los dineros públicos que fueron robados. Casos emblemáticos como el “Carrusel de la Contratación”, escándalo de corrupción que involucró a un poderoso grupo de contratistas del Estado con altos funcionarios del gobierno distrital de la ciudad de Bogotá, entre estos, el Alcalde Mayor, el Contralor distrital, los directivos del Instituto de Desarrollo Urbano, y concejales del Cabildo distrital, han sembrado un manto de duda y desconcierto en la sociedad colombiana sobre la capacidad del sistema penal para aplicar justicia ante casos de corrupción que generan evidente afectación en la vida de las personas.

Entre los problemas evidentes, se encuentran los continuos aplazamientos en las audiencias, las recurrentes apelaciones, los retrasos para las sentencias, lo que podría atribuirse a debilidades o falencias del ente acusatorio para recolectar y presentar pruebas contundentes que permitan la toma de decisiones por parte de los jueces, y las irrisorias sanciones (penales y monetarias) para los culpables, sobre todo para particulares que se apropiaron de recursos públicos. El caso del empresario y contratista de Bogotá Julio Gómez ejemplifica los problemas mencionados para la aplicación de las normas de procedimiento penal y su impacto en las expectativas de los ciudadanos de sanciones

ejemplarizantes. Si bien se le condenó a cinco **años de prisión** por su responsabilidad en los delitos de peculado por apropiación, interés indebido en la celebración de contratos y peculado por apropiación en el “Carrusel de la Contratación⁵⁰”, considerando la gravedad de los delitos, en su decisión el juez le rebajó a la mitad la pena, apoyado en el preacuerdo que firmó con la Fiscalía y en el cual aceptó los tres delitos imputados, así como la devolución de los 297 millones de pesos (165.000 dólares) en los que fue tasado su peculado.

Igualmente el juez lo condenó a pagar una multa de 68 millones de pesos (37.000 dólares), basándose en el delito más grave en el que incurrió, el de interés indebido en la celebración de contratos. Sin embargo, resulta incomprendible que tras la afectación causada y el enriquecimiento que pudo generar este desfalco a la ciudad, se genere una condena tan baja y se multe con tan poco dinero a un culpable. Al tiempo, el Ministerio Público -la Procuraduría General de la Nación- también criticó abiertamente el preacuerdo con Gómez como un “desprestigio a la administración de justicia y sinónimo de impunidad”. En este y en otros casos, el debate entre la eficiencia de la administración de justicia, vía los preacuerdos con la Fiscalía que permiten la **terminación anticipada de los procesos, y la impunidad a ojos de los ciudadanos del común y los medios de comunicación** está abierto en Colombia y se profundiza de manera peligrosa frente a cada investigación, generando desilusión y dudas frente a la lucha contra la corrupción.

En los talleres y entrevistas a funcionarios públicos realizadas por Transparencia por Colombia en 2011 se identificaron elementos adicionales que se convierten en limitaciones para la adecuada sanción del peculado y que afectan la comprensión de los ciudadanos sobre la actuación de la justicia: i) en los delitos por peculado o delitos de servidores públicos rara vez se encuentra un incremento patrimonial del acusado, por lo tanto, la carga probatoria es difícil de lograr, ii) en los delitos contra la administración pública en pocas ocasiones hay flagrancia, por tanto se deben recopilar pruebas con folios escritos que no logran plasmar la realidad total del delito, y permiten alegar a las defensas de los acusados falta de pruebas tacitas y reales.

Otro elemento clave a tener en cuenta es la percepción que tienen los ciudadanos del común y los medios de comunicación, según la cual el sistema es en exceso garantista para delitos de corrupción de grandes proporciones, pues los involucrados generalmente cuentan con suficientes recursos económicos para contratar abogados de reconocida trayectoria, que en ocasiones tiene alto poder de influencia e intimidación ante los fiscales, testigos y jueces, permitiendo dilatar las investigaciones y volcar, con maniobras “de astucia procesal”, los casos a favor de los acusados.

50 Este caso hace referencia a un multimillonario escándalo de corrupción en la contratación pública ocurrido durante la administración del ex alcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas (2008 – 2011), detenido en la actualidad por este hecho.

En relación con el artículo 20, Enriquecimiento ilícito, debe señalarse que Colombia fue uno de los primeros países en tipificar este delito con el propósito de perseguir el narcotráfico.

Sin embargo, el tipo penal de enriquecimiento ilícito aplicado a corrupción presenta algunas complicaciones, dado el vínculo causal funcional necesario entre el incremento patrimonial y el ejercicio de la función pública. Según el artículo 412 del Código Penal, el enriquecimiento ilícito es cometido por un funcionario público en virtud del desarrollo de sus funciones. Sin embargo, ¿qué sucede si un funcionario público presenta incremento patrimonial injustificado, como resultado de cualquier otra actividad delictiva? Esta situación cobra particular importancia en Colombia, donde el narcotráfico ha cooptado instituciones del Estado por medio de la vinculación de funcionarios públicos en redes de crimen organizado. Al respecto hay un amplio debate jurídico sin fácil solución sobre el carácter subsidiario del tipo penal en cuestión. Así, el carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito se mantiene, en la medida en que “la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado”⁵¹. Esto quiere decir que si, por ejemplo, una serie de hechos configuran enriquecimiento ilícito y peculado, entonces la condena más probable será por peculado.

En la información estadística suministrada por la Fiscalía General de la Nación en enero de 2012 a Transparencia por Colombia se pudo identificar la ausencia de condenas a funcionarios públicos por este delito entre 2009 y 2011, frente a 185 procesos activos. Al respecto, es necesario señalar que las referencias a estadísticas de enriquecimiento ilícito, por lo general, consisten en enriquecimiento ilícito de particulares, tipificado en el artículo 327 de la Ley 599 de 2000. El énfasis en el enriquecimiento ilícito de particulares obedece al hecho de que éste último delito está casi siempre relacionado con actividades de narcotráfico, como el lavado de activos y el testaferrato.

En los talleres y entrevistas a funcionarios públicos realizadas por Transparencia por Colombia durante 2011 se hicieron evidentes las dificultades para la investigación y sanción de este delito como corrupción: i) es un delito difícil de probar en el tema penal, pues no se cuenta con las herramientas y pruebas para demostrar el incremento patrimonial. Rara vez se puede rastrear este delito a través de los gastos que realice un involucrado, porque simplemente estos no son registrados, y por tanto el servidor público no hace evidente un incremento en su patrimonio; en consecuencia, obtener la carga probatoria para procesos como estos resulta difícil; ii) para la aplicación de una sanción se debe comprobar la comisión de un ilícito sustancial, si este afectó la administración pública, si fue por una acción u omisión, y si logra mencionar el nexo entre acción y resultado.

51 Corporación Transparencia por Colombia y Grupo Método, 2009. Informe de la Sociedad Civil al Comité de Expertos del MESI-CIC Ronda III, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_col_inf_sc_sp.pdf

Si bien la legislación colombiana cuenta con un mecanismo obligatorio de reporte de bienes y rentas para todo funcionario o contratista que se vincula o desvincula de funciones públicas, la utilidad de la Declaración de Bienes y Rentas para prevenir y detectar el enriquecimiento ilícito ha sido seriamente cuestionada. La falta de seguimiento sistemático a las declaraciones, y la ausencia de un sistema articulado entre las entidades, (el Departamento Administrativo de la Función Pública, DAFP, y otras agencias), para cruzar datos e iniciar investigaciones, son algunas de las deficiencias más visibles. A esto se suma que muchos funcionarios no la presentan o lo hacen en formatos ilegibles. Al respecto, los instrumentos de las oficinas de personal de las entidades públicas, con frecuencia no permiten el desarrollo de la verificación establecida en el Decreto 2232 de 1995. En general, el jefe de personal de cada entidad carece de los instrumentos técnicos y prácticos, así como de la autoridad y autonomía para poder verificar si la información proporcionada por un funcionario o un contratista es real y poder hacer el seguimiento correspondiente. Al tiempo, los formularios que diligencian los funcionarios públicos y contratistas son difíciles de procesar, y la información que se transmite al DAFP pasa por la discrecionalidad y actuación de las oficinas de personal de la misma institución. Por último, la violencia y la inseguridad, fenómenos de común ocurrencia en Colombia, son factores reales o excusas para no reportar los bienes y rentas.

En la práctica, las declaraciones de bienes y rentas de los funcionarios y empleados públicos son consideradas como información “reservada” al interior de las entidades (aun cuando la ley no lo estipula de esta manera), no se publican y los ciudadanos no pueden tener acceso a estas. Tales registros sólo se abren en el caso de presentarse algún requerimiento judicial o cuando se inicia un proceso disciplinario contra algún funcionario o contratista. De esta manera, la ley protege al funcionario en primera instancia (Art. 15 de la Constitución Nacional, Habeas Data), y restringe la utilidad de este mecanismo para emprender acciones preventivas y de control a delitos contra la administración pública, como el peculado. La herramienta de la declaración de bienes y rentas es débil frente a la magnitud del problema. No es probable que los funcionarios públicos inmersos en casos de corrupción trasladen a las cuentas bancarias registradas a su nombre el dinero proveniente de una actividad ilícita o de corrupción. Al tiempo, la práctica del testaferrato (usar terceros para titular bienes producto del delito) y la creación de empresas y negocios para legalizar las transacciones fraudulentas de manera sofisticada, son vías comunes y de difícil detección para las autoridades.

Entre 1998 y 2009, Transparencia por Colombia identificó falencias en este mecanismo legal en el marco del proceso de interlocución con las entidades públicas, y en 2008 lo reportó en el desarrollo del Informe Independiente de la Sociedad Civil, III Ronda, para el Mecanismo de Seguimiento a la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción MESICIC⁵². La OEA, a través

52 Ibid.

del Comité de Expertos del MESICIC, ha formulado al Estado colombiano recomendaciones de manera permanente para mejorar el funcionamiento del mecanismo preventivo de seguimiento a las declaraciones de bienes y rentas⁵³. Al respecto, en 2011⁵⁴ el DAFP anunció con la aplicación del Decreto 2848 de 2012, la puesta en marcha del nuevo Sistema de Información y Gestión del Empleo Público, SIGEP, que incluiría nuevas funcionalidades, entre ellas recopilar y clasificar la información contenida en las declaraciones de bienes y rentas, verificar el cumplimiento de la presentación tanto de la declaración como de la información de la actividad económica, determinar el papel del Jefe de Personal y el procedimiento a seguir cuando el sistema presenta señales de alerta, detectar incremento del patrimonio y cambio en los ingresos, entregar información cuando la autoridad competente lo solicite, suministrar información en tiempo real, verificar que las personas presenten su declaración al tomar posesión de un cargo público, al retirarse, en marzo de cada anualidad, o cuando varíe su patrimonio. Sin embargo, aun con la puesta en marcha de este mecanismo, persiste el problema porque la entidad encargada del seguimiento y control de las declaraciones no es un órgano de vigilancia y control y, por tanto, no puede realizar una gestión efectiva y eficaz.

En relación con el artículo 23, Blanqueo del producto del delito, o lavado de activos, las dificultades para la aplicación de normas está ligada directamente a las dificultades y capacidad limitada del Estado para poner en marcha los mecanismos de prevención y detección de las conductas.

Según algunos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero, UIAF, consultados por Transparencia por Colombia en el marco de los talleres realizados en 2011, con la expedición del nuevo Estatuto Anticorrupción se perdió la oportunidad de mejorar la detección del lavado de activos, pues no se avanzó significativamente en dotar de más herramientas a las autoridades para atacar las prácticas tradicionales de funcionarios y particulares corruptos, que sacan del país a paraísos fiscales las ganancias del delito utilizando empresas fachada para legalizar el dinero. Si bien el Estatuto Anticorrupción incluyó en un primer momento recomendaciones del GAFI, como hacer seguimiento a Personas Políticamente Expuestas, este no tuvo acogida y fue eliminado en el segundo debate. Esto era vital para el país, pues involucraba a interventores de proyectos, consultores, personas naturales o jurídicas del sector público, asesores políticos, relacionistas públicos, lobbystas, y otros que pudiesen ser catalogados como “peces gordos” de la intermediación para el lavado de dinero producto de la corrupción. Por medio de esta medida, las autoridades financieras podrían efectuar mayor seguimiento y hacer llegar información a la UAIF con prontitud. Adicionalmente,

53 Ver informe del Comité de Expertos del MESICIC 2009 sobre Colombia. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_col.pdf

54 Ver la presentación del DAFP en el marco de la Segunda Conferencia Hemisférica contra la Corrupción promovida por el MESICI http://www.oas.org/juridico/english/IIconf_trujillo.pdf

si bien el Estatuto Anticorrupción levantó el secreto profesional a los contadores, debió haberlo hecho extensivo a los abogados. Finalmente, la correcta implementación de la normatividad sobre el lavado de activos producto de la corrupción va ligada directamente con la operatividad de los mecanismos de asistencia judicial y cooperación internacional, y con el levantamiento del secreto bancario, tema de debate álgido y de poco avance a nivel de la CoSP de la UNCAC.

En relación con el artículo 32: Protección de testigos, peritos y víctimas⁵⁵

Sobre este tema, el gobierno Nacional, en su respuesta al cuestionario sobre las disposiciones de la Convención Interamericana contra la Corrupción seleccionadas para ser evaluadas en la tercera ronda y para el seguimiento de las recomendaciones formuladas en la primera y segunda ronda, planteó lo siguiente:

“Luego de un análisis realizado por la Fiscalía General de la Nación es importante señalar que dentro de la legislación colombiana no se puede aplicar la reserva de identidad de los testigos en un proceso penal ni la de los operadores judiciales, por estar proscrita la figura a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional C-392 de 2000”.

Cabe señalar que la Contraloría General de la República ha dispuesto diferentes mecanismos para la presentación de denuncias provenientes de la ciudadanía, las cuales pueden ser presentadas en forma anónima para preservar totalmente la identidad del denunciante. Entre los mecanismos dispuestos para facilitar la presentación de denuncias se encuentran, entre otros, un Centro de Atención Integral al Ciudadano – CAIC, ubicado en Bogotá, la recepción de denuncias presentadas personalmente o por correo postal en 32 ciudades capitales de departamento en todo el país, un sitio en internet y la recepción vía correo electrónico. En lo que concierne a una regulación integral sobre la protección de funcionarios públicos y ciudadanos particulares, la Fiscalía asumió compromisos voluntarios referentes a la creación de un sistema nacional de protección, coordinado y liderado por

55 De acuerdo con la Convención, 1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas. 2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en: a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero; b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados. 3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo. 4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos. 5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa”.

la Vicepresidencia de la República. Estos compromisos fueron cumplidos por la Oficina de Protección y Asistencia de la Entidad en su totalidad. También se está elaborando una propuesta de reforma del Sistema de Protección y Asistencia de la Fiscalía General de la Nación; sin embargo este proyecto de ley no ha iniciado tránsito legislativo hasta la fecha. Los criterios de protección adecuados a los estándares internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, referentes a la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad física y a la seguridad personal de los servidores de la Fiscalía, de los intervenientes en los procesos penales ordinarios y a las víctimas y testigos de Justicia y Paz, quedaron consignados en la Resolución N° 05101, emitida por el Fiscal General de la Nación el 15 de agosto de 2008.

- i) Mecanismos para denunciar las amenazas o represalias de las que pueda ser objeto el denunciante, señalando las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de protección y las instancias responsables de brindarla.

En el marco del Convenio conjunto Contraloría-Procuraduría-Fiscalía se ha avanzado en la elaboración de una cartilla que facilite la presentación de denuncias ante estas tres entidades, clarificando al ciudadano el marco de competencias de cada una de ellas y los diferentes medios dispuestos para facilitar la presentación de su denuncia en forma correcta y ante el organismo que corresponda, según la naturaleza del hecho denunciado.

- ii) Medidas adicionales de protección, orientadas no solamente hacia la integridad física del denunciante y su familia, sino también hacia la protección de su situación laboral, especialmente tratándose de un funcionario público que denuncie actos de corrupción que puedan involucrar a superiores jerárquicos o compañeros de trabajo.

El artículo 11 de la Ley 1010 establece las siguientes garantías a fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos:

- a) La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.
- b) La formulación de denuncia de acoso laboral en una dependencia estatal, podrá provocar el ejercicio del poder preferente a favor del Ministerio Público. En tal caso, la competencia disci-

plinaria contra el denunciante sólo podrá ser ejercida por dicho órgano de control mientras se decida la acción laboral en la que se discuta tal situación. Esta garantía no operará cuando el denunciado sea un funcionario de la Rama Judicial.

- c) Las demás que le otorguen la Constitución, la ley y las convenciones colectivas de trabajo y los pactos colectivos.”⁵⁶

En relación con el artículo 46: Asistencia Judicial Recíproca⁵⁷

La Constitución Política colombiana establece en su artículo 29 el **debido proceso**, el principio de *non bis in ídem*, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Así mismo, la legislación penal colombiana, leyes 599 de 2000 y 906 de 2004, establece como principios rectores del ejercicio de la acción penal el cumplimiento del debido proceso, en virtud del cual no solo se desprenden las consideraciones básicas de un derecho a la defensa, a un abogado, a contradicción, sino que evidentemente se desprende el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

En cuanto a la cooperación internacional en materia de asistencia legal, las disposiciones legales colombianas son claras al establecer que esta cooperación solo se dará cuando no se vulneren los preceptos constitucionales y legales y los asumidos a través de tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. Por esta razón se podría negar la asistencia invocando la existencia de doble incriminación. Las disposiciones legales colombianas determinan los requisitos para que se pueda dar la cooperación internacional (Ver Ley 906 de 2004, artículos 484-489). En materia probatoria, esta ley establece como principio general que “Las autoridades investigativas y judiciales dispondrán lo pertinente para cumplir con los requerimientos de cooperación internacional que les sean solicitados de conformidad con la Constitución Política, los instrumentos internacionales y leyes que regulen la materia, en especial en desarrollo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.” (Art. 484). La ley también contempla en el artículo 485 que las autoridades judiciales locales podrán solicitar a autoridades y organismos internacionales cualquier tipo de elemento material probatorio o prácticas de diligencias para un caso que esté siendo investigado en Colombia. Para este proceso, “se informará a

56 Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción. “Respuesta del estado colombiano al cuestionario en relación con las disposiciones de la convención interamericana contra la corrupción seleccionadas para ser evaluadas en la tercera ronda y para el seguimiento de las recomendaciones formuladas en la primera y segunda ronda.” En http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_col_resp_sp.pdf

57 Las medidas del presente artículo que se van a considerar son los apartados b y c del párrafo 9. Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos de *minimis* o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención. En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo del presente artículo.

la autoridad requerida los datos necesarios para su desarrollo, se precisarán los hechos que motivan la actuación, el objeto, elementos materiales probatorios, normas presuntamente violadas, identidad y ubicación de personas o bienes cuando ello sea necesario, así como las instrucciones que conviene observar por la autoridad extranjera y el término concedido para el diligenciamiento de la petición.”

Para el caso de la extinción del derecho de dominio o cualquier otra medida que implique la pérdida o suspensión del poder dispositivo sobre bienes, declarada por orden de autoridad extranjera competente, podrá ejecutarse en Colombia. Estos casos deberán ser puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, que determinará si procede o no con el caso. Cuando proceda, enviará el caso al juez competente para que decida mediante sentencia.

En el tema de lavado de activos se confirma que Colombia es un buen oferente de asistencia internacional, pero no logra siempre conseguir la cooperación de otros países en la lucha contra la corrupción. La legislación sobre el lavado de activos supone una posición proactiva de las entidades financieras en la detección de operaciones inusuales y sospechosas y la obligación de informar de manera inmediata a las autoridades sobre cada operación de este tipo que sea de su conocimiento. Sin embargo, Colombia no es receptora de suficiente información relacionada con delitos de enriquecimiento ilícito y otros asociados con la corrupción en el sector público. Es difícil, incluso, conseguir cooperación para investigaciones iniciadas en el país. En este campo sus funcionarios requerirían más capacitación y cooperación internacional. En general, al referirse al caso de jurisdicciones no cooperantes, el entonces Fiscal General sostuvo:

“El otro obstáculo, es el cerrado secreto bancario, dificultades en la recolección de las pruebas, sin ningún rubor, sin ninguna vergüenza, niegan información para llevar a feliz término las investigaciones. Por eso es importante la cooperación internacional”⁵⁸.

Para el caso colombiano, si bien es probable que este régimen legal haya generado una importante colaboración de las entidades financieras para detectar operaciones de lavado de activos relacionadas con delitos de narcotráfico, no parece que haya permitido el mismo nivel de cooperación respecto al movimiento de activos originados en la corrupción del sector público. Todas las entidades financieras están obligadas a tener un Sistema Integral de Prevención del Lavado de Activos (SIPLA) y deben reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF). El personal de las entidades financieras debería recibir capacitación específica sobre la naturaleza, características, volumen y frecuencia de las transacciones de los servidores públicos (funcionarios, en términos de la Convención), su nivel de riesgo, clase de producto o servicios, origen o destino de

58 Intervención del Fiscal General de la Nación, Mario Iguráin, ante el grupo de expertos para el control de lavado de activos - CICAD, noviembre 15, 2005.

sus operaciones y cualquier otro criterio que permita clasificar estos clientes en el rango de mercado dentro del cual se inscriben. Esta segmentación permitiría determinar las características usuales de sus transacciones a fin de detectar las operaciones inusuales o sospechosas que realicen y reportarlas en forma inmediata. Mediando el proceso de información y capacitación mencionado, la Fiscalía General podría considerar la apertura de investigaciones penales en los casos en que empleados o directores de instituciones financieras o cooperativas de ahorro y crédito, omitan el cumplimiento de los mecanismos de control establecidos.

En relación con el artículo 26: Responsabilidad de Personas Jurídicas⁵⁹

Debido a que de manera cada vez más frecuente y visible las empresas del sector privado se han visto involucradas en delitos de corrupción, y que las sanciones de tipo civil o administrativa no representan medidas ejemplarizantes, como pueden ser las multas, el análisis sobre la implementación de este artículo de la Convención en Colombia se enfoca en determinar la posibilidad de sancionar penalmente a las empresas en Colombia, y de esta manera, “brindar la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social”⁶⁰.

Si bien es cierto el legislador ha implementado una serie de normas que pretenden atribuir algún grado de responsabilidad penal a las personas jurídicas, el Estado colombiano no ha establecido de manera plena y clara la responsabilidad penal de las empresas.

El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) dispone la “Suspensión y cancelación de la personería jurídica” de la siguiente manera:

“Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.”

59 El análisis del artículo 26: Responsabilidad de Personas Jurídicas fue realizado por el experto jurista Raúl Sánchez Sánchez, por solicitud de Transparencia por Colombia.

60 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 320 de 1998 , Magistrado Eduardo Cifuentes.

Además de lo anterior la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), en el artículo 34 establece medidas contra las personas jurídicas de la siguiente manera:

“Artículo 34. Medidas contra personas jurídicas. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público”.

Sin embargo, las anteriores normas reflejan diversos inconvenientes en términos de responsabilidad sustancial y en aspectos procedimentales.

El artículo 91 de la Ley 906 se enfrenta a varios tropiezos jurídicos:

1. Dispone que “en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que (...) proceda a la suspensión de la personería jurídica...”. El asunto aquí es que no se establece un procedimiento jurídico para garantizar la plena aplicación de los derechos fundamentales de los investigados.

No se observa cómo se pueda ejercer el derecho a la defensa material y jurídica de una empresa en términos penales. No se establecen normas relacionadas con el debido proceso en la medida se acude a cualquier momento procesal, esto es, antes de la imputación, lo cual implica que haya habido una investigación cerrada y sin ningún tipo de información ni acceso a la misma de los sujetos procesales.

2. También se encuentra relacionado con el punto precedente, de posibles afectaciones a derechos procesales, el que la norma del artículo 91 dispone que cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas, se debe dar aplicación a la norma. Sin embargo, como la investigación de la Ley 906 es cerrada y las partes procesales no tienen derecho a ningún tipo de información por la

reserva total y absoluta de la misma, la empresa no tiene la posibilidad de conocer frente a qué tipo de indagación se encuentra.

3. No establece una clara competencia en términos penales al juez penal o al fiscal para que tomen medidas de carácter penal en contra de las empresas, toda vez que traslada la aplicación de la sanción a entidades administrativas. La norma señala claramente que es el juez de control de garantías quien ordenará a la autoridad competente, en este caso una entidad del Ejecutivo como puede ser una Superintendencia, que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en las normas del derecho administrativo, proceda a aplicar sanciones del derecho administrativo.

Así las cosas, no es un juez penal quien impone la sanción, sino que este le solicita a una autoridad administrativa la imposición de unas normas administrativas.

4. Lo anterior significa entonces que existiría un choque de competencias entre la rama judicial y la rama administrativa, toda vez que a pesar de que se profiera una decisión judicial, el ente administrativo puede a su vez considerar que no se dan los presupuestos para aplicar la sanción administrativa. Además puede presentarse una ausencia en la toma de decisiones debido a que quien impone la sanción será un funcionario administrativo, el cual probablemente será responsable ante los organismos de control por la sanción administrativa.
5. Frente a las sanciones, la norma no es clara pues establece "la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas". Es necesario acudir al derecho administrativo, para que sea este el que determine la sanción adecuada. Normalmente, por el principio de taxatividad, tipicidad objetiva y de legalidad las normas penales deben establecer con claridad la sanción respectiva, lo cual claramente no se presenta en la norma en comento, siendo entonces la autoridad administrativa la encargada de establecer extrapenalmente la sanción del caso.
6. Finalmente, esta norma no recoge los aspectos sustanciales de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en la medida en que es una disposición eminentemente procesal, es decir, equiparable al Comiso, al Embargo, al Secuestro de bienes o a la Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. Lo que se quiere significar es que es una norma que puede ser llamada en su aplicación pero no de obligatorio cumplimiento, toda vez que no existe un catálogo de referencia en el Código Penal, ni un procedimiento claro para aplicar esta norma. Por tal razón, el artículo 91 es una norma vigente, pero inaplicada.

El recién promulgado artículo 34 de la Ley 1474 presenta a su vez diversos inconvenientes jurídicos:

1. Lo que hace es reiterar la aplicación del artículo 91 de la Ley 906 (Código de Procedimiento Penal), cuando señala que se aplican las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, toda vez que, como ya se reseño anteriormente, esa norma procesal procede para toda clase de delitos y no solo contra los delitos contra la administración pública.
2. La norma en su segundo inciso reitera las disposiciones generales del Código de Procedimiento Penal en términos de vinculación del tercero civilmente responsable contenida en el artículo 107, que señala:

“Artículo 107. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente.”

Lo único que agrega la norma del Estatuto Anticorrupción es que una persona jurídica puede ser vinculado como responsable, tal como ya lo dice la norma del artículo 107, siendo esto no una sanción, sino que su llamado al proceso penal nace del derecho civil de las obligaciones, y no se puede pretender que esta forma de vinculación ya existente se constituya como pena penal o castigo, cuando es claro que hace parte de normas generales tanto civiles como penales.

3. Finalmente la norma remite nuevamente a una autoridad administrativa, como es la Superintendencia de Sociedades en este caso, la imposición de una sanción administrativa, que tal como lo dijimos en puntos anteriores generan un traslado de la responsabilidad de la empresa del ámbito penal al administrativo, siendo clara la norma según la cual cuando se cometan esta clase de delitos se debe imponer no una sanción penal, sino administrativa.

De lo dicho se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1. A pesar de que existan en la legislación colombiana normas que propendan por una sanción derivada de ilícitos penales a la empresa, estas normas no recogen el mandato establecido en el artículo 26 de la Convención.
2. No lo recogen porque el artículo 91 es una norma procesal que no consagra aspectos sustanciales del derecho penal, si se tiene en cuenta que menciona que la empresa debe estar

dedicada de manera total o parcial a actividades delictivas, cuando es claro que la personas jurídicas no pueden cometer ciertos delitos, esto es, la norma no responde a las exigencias de tipicidad de conductas contra la Administración Pública cometidas por personas jurídicas.

3. Las normas tampoco recogen con exactitud la forma procedimental en que la persona jurídica deba ser sancionada, esto es, no establece medidas de aseguramiento, ni la forma de vincularlas al proceso penal; en esto hay un vacío jurídico que lleva una vez más a la inaplicación de estas disposiciones. Ningún juez de la República sabrá cómo se procede a la vinculación procesal de la persona jurídica por un delito de corrupción.
4. Lo señalado anteriormente tampoco recoge de forma clara y completa las sentencias de la Corte Constitucional, que expresan que la punición de las personas jurídicas en el ámbito penal es necesaria y no riñe con la Carta Política, desarrolladas a raíz de la expedición de la Ley 491 de 1999 que regulaba el “Seguro Ecológico” sancionando penalmente a las personas jurídicas por delitos medioambientales.

La Constitución no se opone a este tipo de sanción, tal como lo señala el Gobierno en su informe:

“La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la Carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio donde reina exclusivamente la persona natural - muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos -, para ocuparse directamente de los focos del poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que ésta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales.

De conformidad con lo expuesto, la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se ha hecho mención, no viola la Constitución Política. De otra parte, tratándose de personas jurídicas y sociedades de hecho, la presunción de responsabilidad, apoyada en la prueba sobre la realización clandestina del hecho punible o sin haber obtenido el correspondiente permiso, tampoco comporta quebranto de la Constitución Política. Las actividades peligrosas que subyacen a los tipos penales descritos, autorizan plenamente al legislador a calificar la responsabilidad de un sujeto con base en determinados hechos. La realización de una actividad potencialmente peligrosa para la sociedad - sujeta a permiso, autorización o licencia previa -, sin antes obtenerlos, denota un grado de culpabilidad suficiente para que el legislador autorice al juez competente para tener a la persona

jurídica colocada en esa situación como sujeto responsable del hecho punible. De otro lado, la realización clandestina del hecho punible, manifiesta un comportamiento no solamente negligente sino específicamente dirigido a causar un daño y, por consiguiente, sobre él puede edificarse un presupuesto específico de responsabilidad.

En ambos casos, la presunción que consagra la norma, debidamente acreditado su presupuesto, admite prueba en contrario puesto que, como se desprende de los antecedentes de la norma, ella se limita a invertir la carga de la prueba en lo que respecta a la exoneración de responsabilidad. No se puede alegar que se viola la presunción de inocencia, dado que el Estado para imputar al agente la responsabilidad por el acto ha debido desplegar una significativa actividad probatoria tendente a demostrar la comisión del hecho punible, la realización clandestina del comportamiento prohibido o la falta de permiso, autorización o licencia. Así mismo la prueba del presupuesto de la presunción, la que debe aducir el Estado, se refiere a dos circunstancias que por su gravedad normalmente son indicativas de culpabilidad, además de que ellas revelan comportamientos que pueden ser evitables y controlables a través de los mecanismos de actuación que la ley dota a las personas jurídicas.

Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso - en los términos de la ley y en lo que resulte aplicable según su naturaleza -, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexequible. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad.

Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la “responsabilidad objetiva”, la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil (C.P., art. 88). ”

Las normas mencionadas anteriormente tampoco reflejan lo expresado en la sentencia C-843 de 1999, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, que a pesar de declarar inconstitucional la norma que sancionaba penalmente a las personas jurídicas por la ambigüedad en la redacción, la falta de claridad en las penas a imponer y el procedimiento a seguir, señaló de forma categórica que dicha declaratoria de inexequibilidad para nada implicaba un cambio de jurisprudencia frente a la necesidad de castigar penalmente a las personas jurídicas, además de ratificar la conveniencia de normas de este tipo.

En efecto la sentencia C-843 de 1999 menciona:

“16- La Corte precisa que la declaración de inexequibilidad del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 no implica, en manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, **que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales**, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente. Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual, deben aparecer claramente predeterminados las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. La inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva entonces de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas.”⁶¹ (Resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, el Estado colombiano no ha tomado las medidas legislativas suficientes para garantizar la punición penal de las personas jurídicas, a pesar de que la propia Constitución lo permite y la jurisprudencia así lo desarrolla.

61 Corte constitucional. Sentencia C 843/99 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Octubre 27 de 1999

**IV. ASUNTOS RELEVANTES RELACIONADOS
CON LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL DEL
ESTADO COLOMBIANO PARA LA INVESTIGACIÓN
Y SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN**

A. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: IDEAS INTERPRETATIVAS SOBRE EL AVANCE DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA UNCAC EN COLOMBIA A PARTIR DE UN EXAMEN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Incidencia para promover una perspectiva integral de la lucha contra la corrupción en las políticas públicas de Colombia.

Elaborar un informe de evaluación sobre el cumplimiento por el Estado Colombiano de la UNCAC desde la perspectiva de la penalización de la corrupción y la cooperación jurídica internacional representó un desafío para Transparencia por Colombia. En efecto, las acciones adelantadas por la Corporación, concentradas en una apuesta decidida por la generación de mecanismos, instrumentos y espacios cuyo rasgo distintivo es la prevención del surgimiento y reproducción de prácticas, comportamientos y ambientes proclives a la corrupción, se enlazó con la tarea que supone adelantar una revisión de los avances del país en materia de la lucha contra la corrupción desde una perspectiva integral.

A pesar de que el Estado colombiano busca que el Estatuto Anticorrupción se convierta en una de las herramientas para fortalecer el sistema penal, combatir la corrupción y responder a los requisitos de la UNCAC, los conceptos y opiniones de expertos y servidores públicos, consultados por Transparencia por Colombia y citados previamente, revelan muchas preocupaciones frente a las verdaderas posibilidades de dicha ley para cumplir con estos objetivos.

Así, este informe plantea que la investigación y sanción de delitos de corrupción no está siendo suficientemente efectiva por cuenta de las fallas en el Sistema Penal Acusatorio.

Al tiempo, la investigación revivió parte de las preocupaciones manifestadas por Transparencia Internacional en su informe global, al considerar que el éxito en la lucha contra la corrupción depende del buen funcionamiento del sistema judicial,⁶² especialmente en la medida en que se vienen produciendo

62 Un estudio sobre sistemas judiciales (2006) afirma que estos han enfrentado la corrupción desde una doble perspectiva: por un lado combatiendo sus propios actos de corrupción y por el otro avalando y permitiendo aquéllas que debiera controlar y castigar. (Alberto Martín y otros “Sistemas Judiciales”, Ediciones del Instituto, Argentina, 2006.)

ciendo nuevas leyes nacionales e internacionales para luchar contra la corrupción y se confía en que estas se apliquen en sistemas judiciales independientes, justos e imparciales⁶³.

En el proceso de elaboración de este informe se encontraron múltiples limitaciones. Desde la poca bibliografía nacional sobre el tema⁶⁴ y la gran dificultad para acceder a información estadística relacionada con investigaciones y sanciones por corrupción judicial⁶⁵, hasta la resistencia inicial de algunos operadores del sistema a reconocer que existe la corrupción y por ende desconocer su magnitud.

No obstante estas dificultades, Trasparencia por Colombia tomó la decisión de adelantar este informe como parte de su plan de incidencia institucional, que aboga entre otras cosas porque Colombia cuente con una Política Pública Integral y Participativa de prevención y lucha contra la corrupción⁶⁶.

Esta perspectiva integral, incorporada por la UNCAC y que ratifica el valor de acompañar y profundizar las medidas preventivas con la correcta y eficaz penalización de los actos de corrupción, implicó para la Corporación la posibilidad de ampliar la comprensión de los enormes retos que el Estado colombiano y la sociedad civil deben afrontar al efecto de suscribir e implementar el conjunto de disposiciones suficientes para modificar códigos de comportamiento afines a la corrupción, reducir los riesgos para su proliferación, y adelantar las investigaciones, juzgamientos y condenas de casos específicos que se requieran para sancionarlas, en un esfuerzo por situar a este fenómeno como un crimen de alto riesgo y pocas ganancias para quienes lo asuman como conducta.

Así mismo, ha representado un reto enorme evaluar la aplicación del derecho penal a los delitos de corrupción y sus resultados para Colombia, sin detenerse a mirar los cambios que ha sufrido el contexto político y normativo del país en los últimos años, y las manifestaciones de los fenómenos de captura y desbalance de poder a los que se han visto enfrentados la Rama Judicial y los órganos de control de Colombia.

Fruto de la interlocución con funcionarios públicos, líderes de organizaciones sociales, representantes del sector privado y medios de comunicación, Transparencia por Colombia ha trabajado con

63 Prólogo de Huguette Labelle en: Transparency International, Global Corruption Report 2007. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pág. xvi.

64 Coincidimos con la afirmación de Rodrigo Uprimny y Mauricio García (2003) en la propuesta de una política de Estado para controlar la corrupción para la Vicepresidencia de la República, en el sentido de no existir en Colombia estudios y reflexiones sistemáticas sobre la corrupción en el sistema judicial. Rodrigo Uprimny and Mauricio García-Villegas (2003). "Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts." En: Legal Cultures in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe, edited by Lawrence Friedman and R. Pérez-Perdomo. Stanford, Stanford University.

65 Se hicieron requerimientos de información a la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, y no fue posible obtener información completa y pertinente para diagnosticar la magnitud del problema.

66 Corporación Transparencia por Colombia, "Alcances y Limitaciones del Estatuto Anticorrupción: recomendaciones para una reglamentación efectiva y eficaz. Kas Paper No. 14, Konrad Adenauer Stiftung , diciembre de 2011.

la idea de que es deseable crear y fortalecer los marcos normativos relacionados con la prevención y lucha contra la corrupción. Sin embargo, este esfuerzo debe complementarse con el impulso de la cultura de la legalidad, tanto de los funcionarios públicos como de la ciudadana y empresarios, para reducir la permisividad frente a la comisión de delitos de corrupción que debilitan el cumplimiento de las disposiciones legales.

Y no podría ser de otra manera, en la medida que los múltiples y graves hechos de corrupción conocidos en los últimos años, así como las investigaciones que en la actualidad vienen adelantando los órganos judiciales y de control, son la lamentable evidencia de una preocupante paradoja: mientras la Convención era firmada, ratificada y entraba en vigencia en nuestro país, se evidenció la relación perversa entre corrupción, narcotráfico y violencia.

El Gobierno actual ha priorizado la lucha contra la corrupción como un eje importante para promover el desarrollo y el buen gobierno. En esta línea ha promovido normas como el Estatuto Anticorrupción y, por primera vez, incluyó en el Plan Nacional de Desarrollo un aparte especial de lucha contra la corrupción en el capítulo de Buen Gobierno. Estas medidas gubernamentales revelan el compromiso de formular una política integral de lucha contra la corrupción y la necesidad de involucrar al sector privado y a la sociedad civil en este propósito. Así mismo, resulta relevante mencionar los esfuerzos significativos adelantados por los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación para coordinar sus acciones y avanzar en las investigaciones asociadas con dicha problemática.

Sin embargo, la corrupción sigue siendo una práctica recurrente en el ejercicio de la función pública entre funcionarios y miembros del sector privado, y las acciones de los órganos de investigación y control no han logrado los impactos deseados. Del mismo modo, durante los últimos diez años se ha experimentado el desenvolvimiento, con alto grado de sofisticación, de una etapa más avanzada de la corrupción en Colombia: la captura y reconfiguración cooptada de las instituciones del Estado en los diferentes niveles de gobierno, y la ausencia de esfuerzos integrales y contundentes por parte de los organismos responsables de adelantar un combate frontal contra este flagelo, así como de la voluntad política requerida para lograrlo.

Al mismo tiempo, el rechazo social y ciudadano a estas prácticas es tímido y casi inexistente. Entre otras razones, porque la percepción ciudadana frente a otros temas del país, como el de la seguridad, pone a la corrupción como un tema de menor importancia. Los efectos de la corrupción no son percibidos como elementos que afectan la vida cotidiana de las personas y los derechos fundamentales, y prima la sensación de que quienes ejercen estas prácticas no son sancionados adecuadamente.

En este escenario, para Transparencia por Colombia es muy importante la evaluación realizada a la implementación de la UNCAC en el país. Además de ratificar los desafíos señalados, el informe

permitió observar lo necesario que resulta poner de presente los obstáculos para la prevención y lucha contra la corrupción y, en particular, los elementos requeridos para una correcta tipificación, investigación y sanción.

En el marco de este informe, Transparencia por Colombia identificó que en el país existe un vacío normativo para la lucha integral contra la corrupción. La norma no logra reducir los incentivos para cometer actos de este tipo, ni tampoco aumenta la exposición penal de las personas que los cometan, ni sanciona de manera efectiva a los actores del sector privado que participan o conocen de casos de corrupción.

El informe permitió, así mismo, reconocer cinco asuntos centrales para complementar la ecuación de la prevención y la lucha contra la corrupción en Colombia, que hasta el momento de su redacción no habían sido abordados con la suficiente profundidad: 1. El sistema penal acusatorio no es eficiente para luchar contra la corrupción; 2. Hay una ausencia de información pública clara, completa y oportuna sobre estadísticas y resultados de lucha contra la corrupción; 3. Los organismos de control y de investigación reconocen y alertan sobre sus limitadas capacidades y recursos para responder a los desafíos de la lucha contra la corrupción; 4. A pesar de las reformas contempladas en las disposiciones normativas recientes para castigar de manera contundente al sector privado, la norma para sancionar penalmente a las empresas que cometan delitos de corrupción no se está aplicando, y 5. La legislación y las medidas de política pública implementadas por las entidades no hacen parte de una política integral de prevención y lucha contra la corrupción.

B. LA CORRUPCIÓN JUDICIAL⁶⁷

Las normas constitucionales y legales del Estado colombiano no permiten que exista un verdadero control a los actos desviados de jueces o funcionarios judiciales mediante el sistema de pesos y contrapesos. (...). Hay normas que se aplican a todos los servidores públicos que transgreden las leyes penales, disciplinarias y administrativas, pero el diseño de la rama judicial impide que sus cabezas o principales funcionarios respondan en los mismos términos que un servidor público cualquiera. (De todas formas antes de abordar el tema debe aclararse que los presentes tópicos no se relacionan con algún magistrado en particular o con los actuales administradores de justicia, sino que el sistema constitucional y legal permite que en la administración de justicia u organismos de control se presenten esta clase de situaciones.)

67 Esta parte fue desarrollada por el experto Raúl Sánchez Sánchez, a solicitud de Transparencia por Colombia.

Veamos por qué:

1. El nombramiento de los altos dignatarios de la justicia.

La Constitución Política (CP) ha dispuesto que en la mayoría de los casos, ciertos funcionarios judiciales sean nombrados por el Congreso de la República a petición del Presidente o por terna directamente enviada por el Ejecutivo, perdiendo independencia desde su propio nombramiento y siendo este en muchos casos más político que técnico.

Por ejemplo, el artículo 249⁶⁸ de la CP señala que al Fiscal General de la Nación lo elige la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República.

Los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según el artículo 254 de la CP, son elegidos por el Congreso de la República de ternas enviadas por el Gobierno Nacional.

Asimismo, según el artículo 239 de la CP los magistrados de la Corte Constitucional los elige el Senado de la República de ternas enviadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

De lo dicho se observa que, salvo en el caso de los magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, la designación de los altos dignatarios de la justicia proviene de organismos políticos o del Gobierno Nacional, restando independencia en el ejercicio de sus funciones.

2. No hay mayores inhabilidades a los magistrados sino las propias para cualquier servidor público.

La Constitución Política no establece mayores inhabilidades para los magistrados al momento de la dejación de sus cargos, razón por la cual terminan inmersos en actividades políticas, como congresistas, concejales o candidatos a presidente o vicepresidente, por lo que no se entiende si su labor como magistrados fue para favorecer los intereses de la justicia o los propios.

Asimismo, existe un carrusel de magistrados que de una Corte pasan a otra o de ésta a cargos como la Procuraduría, lo cual resta posibilidades de renovación a las altas corporaciones judiciales y a los organismos de control.

3. Funciones electorales de las altas cortes.

68 El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido.

Además de lo anterior, las corporaciones judiciales terminan convirtiéndose en corporaciones electorales. Así la Corte Suprema, conforme el artículo 249 de la CP, elige al Fiscal General de la Nación.

Los presidentes del Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 266 de la CP, son los encargados de elegir al Registrador Nacional del Estado Civil.

Así las cosas entidades y funcionarios que deben dedicarse a administrar justicia, terminan recibiendo a personas que estén en campaña para la selección de esos cargos.

Los dos acápitones anteriores indican que los magistrados de las altas cortes no están exentos de terminar solicitando que se les nombre familiares o amigos cercanos en las diferentes entidades del Estado. Se han presentado casos de decenas de familiares de magistrados nombrados en la Procuraduría General de la Nación. En principio no se hablaría de ningún tipo de impedimento en la medida en que los magistrados no intervienen en la elección del Procurador; sin embargo, es la Corte Suprema de Justicia la encargada de la función disciplinaria de este funcionario o de juzgarlo penalmente según el caso. Ya existió un caso en que magistrados de esta corte se tuvieron que declarar impedidos a la hora de procesar disciplinariamente al Procurador, precisamente por el nombramiento de familiares en la máxima entidad de control disciplinario. Esto resulta en el denominado nepotismo cruzado, es decir, que familiares de magistrados terminan siendo nombrados en la Procuraduría o en una corte y los magistrados a su vez reciben a familiares de otros magistrados o del propio Procurador.

También, amigos o personas cercanas a magistrados terminan siendo nombrados en instituciones en donde ellos han ayudado a elegir a las cabezas directivas. Aquí no se observa la familiaridad del nombrado pero si el peso político del magistrado que funge como palanca o padrino de nombramiento.

4. ¿Quién los juzga?

El otro problema que surge es frente al juzgamiento de los altos funcionarios en la medida en que según el artículo 178 de la CP, le corresponde a la Cámara de Representantes investigar las conductas penales de los magistrados de las diferentes cortes.

La Ley 5 de 1992, establece las comisiones de la Cámara de Representantes incluyendo a la Comisión de Acusaciones, que tiene como función la de investigar a los altos dignatarios de la justicia y acusarlos ante el Senado de la República.

Lo anterior ha acarreado varios problemas:

4.1. Que un órgano político o de origen parlamentario termina investigando a los encargados de administrar justicia. Este órgano político en muchas ocasiones no tiene ni la formación, ni la preparación suficiente en términos jurídicos, ni los recursos para adelantar las investigaciones que le competen. En ciertas ocasiones, los congresistas de esta comisión judicial ni siquiera tienen grado de abogado.

4.2. Que el investigado investiga a su investigador y viceversa. Esto es, el Representante a la Cámara investiga al magistrado de la Corte Suprema de Justicia que de acuerdo con el artículo 235⁶⁹ de la CP es quien debe investigarlo. Y el magistrado de la Corte investiga a su vez al parlamentario que debe procesarlo.

4.3. A la fecha, esta comisión jamás ha acusado a ningún magistrado de una alta corte de ninguna conducta punible, lo cual claramente ha significado una pérdida de credibilidad institucional en esta célula legislativa y fomentado la impunidad. Y si se parte de la base de que esta comisión no tiene la capacidad para adelantar investigaciones judiciales, se puede decir que los altos funcionarios judiciales no serán, de acuerdo con las estadísticas, sujetos de acusación penal.

4.4. En el caso hipotético de que prosperase un juicio penal a través del Congreso de la República, el panorama no es nada halagador en términos de independencia e imparcialidad judicial, toda vez que de acuerdo con el artículo 235 de la CP, será la Corte Suprema de Justicia la encargada de juzgar a sus propios compañeros de tribunal o de otras corporaciones judiciales.

En conclusión, el juez natural de los magistrados no tiene la capacidad de adelantar investigaciones judiciales en contra de los mismos.

5. Carrera judicial

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone en su artículo 130⁷⁰ que los magistrados de los Tribunales y los jueces de la República son funcionarios designados mediante concurso de méritos. Según la página web del Consejo Superior de la Judicatura se han hecho doce concursos para funcionarios judiciales, lo cual denota un alto esfuerzo; sin embargo, los concursos no se adelantan, en materia de tiempos, conforme a lo estipulado en los Acuerdos del Consejo Superior, razón por la cual podría darse el caso de que la lista de candidatos, que tiene

69 “Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.”

70 “Artículo 130. Clasificación de los empleos: (...) Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.”

una vigencia de cuatro años la pierda, pues el concurso no se ha adelantado durante ese periodo. Allí se entraría en un vacío de términos entre la caducidad de la lista de elegibles y la nueva fecha programada para el concurso, lo que resulta en que los cargos a proveer no son reemplazados por funcionarios de carrera, sino por profesionales provisionales. Y estas designaciones recaen en algunos magistrados de estas altas cortes o en magistrados de tribunal, entregándoles un poder nominador y de disposición burocrática.

Así las cosas, a veces en términos de convocatoria las aspiraciones de funcionarios de carrera en su ascenso se ve dilatado.

6. Un acápite especial merece la Fiscalía General de la Nación, debido a las múltiples falencias que puede tener la entidad a la hora de actuar de manera independiente e imparcial. Debe hacerse la aclaración, tal como se hizo anteriormente, que lo dicho en el presente punto no se refiere a un Fiscal General en particular o a la actual administración, sino en términos generales a los pesos y contrapesos que se deben tener para el máximo órgano de investigación penal del país.

6.1. ¿Quién elige al Fiscal General?

Tal como se mencionó anteriormente, la elección del Fiscal proviene de dos ramas del poder público, por un lado el Presidente de la República lo postula en una terna y por el otro los magistrados que conforman la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia votan por el candidato de su predilección.

Lo primero que se observa, es que el nombrado puede responder a unos intereses del ejecutivo de manera directa (aunque debe aclararse y de acuerdo con la historia del país, no siempre ha sido así, pero en la mayoría de los casos ha sucedido).

Posteriormente, debe embarcarse en una campaña con 23 magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen poder de decisión frente a uno de los cargos más importantes de la Nación. Así, se ve nuevamente a funcionarios judiciales desviándose de su labor principal, como es la de administrar justicia, para adelantar tareas electorales; y como se mencionó anteriormente, amigos o personas cercanas pueden terminar ocupando cargos al interior de este organismo.

6.2. ¿Quién lo procesa y lo juzga?

Como se mencionó antes, es un órgano político el encargado de investigar judicialmente a quien ocupe el cargo de Fiscal General. A la fecha ninguno de los investigados, salvo en el caso de un expresidente de la República, ha sido objeto de acusación de la Comisión de Acusaciones al pleno de la Cámara de Representantes, toda vez que los congresistas responden a intereses políticos,

con el agravante de que la Fiscalía en sus pesquisas puede recaudar pruebas que pueden ser presentadas a la sala penal de la Corte Suprema. Lo que da pie a preguntarse ¿Qué representante a la Cámara procesará a quien tiene el mayor aparato de investigación penal en el país?

A esto se suma que, al final, quien juzga al Fiscal es quien lo eligió: la Corte Suprema de Justicia, significando que pueda utilizar todo el poder burocrático o de investigación para favorecer a su juez natural.

6.3. La carrera judicial de la Fiscalía General.

La Ley 938 de 2004, que es el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, dispone en su Título VI “Del régimen de carrera” (especialmente los artículos 60 a 70), que los funcionarios de la Fiscalía deben estar sujetos a la carrera judicial, a la meritocracia y a concurso para proveer los cargos.

Desde la creación de la Fiscalía General de la Nación, con la CP de 1991, se han realizado solamente dos concursos de méritos, uno bajo la administración de Alfonso Valdivieso Sarmiento y el último en la de Mario Iguaran Arana, esto es, en 19 años de existencia de la entidad, cada 10 años se hace un concurso de méritos.

Esto significa que los cargos sean provistos con criterios políticos y de amistad y que la meritocracia quede relegada a un segundo plano, nombrando en provisionalidad a funcionarios instructores. Esto a su vez significa que un fiscal que tome una decisión en la cual afecte cualquier interés pueda ser objeto de traslado o simplemente que su cargo en provisionalidad sea llenado por otra persona, también destacada en provisionalidad, repitiéndose el círculo.

Al concurso de cargos convocado en 2007 por la Fiscalía General de entonces, se le atravesaron diversos obstáculos, toda vez que la propia entidad se negaba a proveer los cargos o cuando estos eran proveídos el concursante que había pasado con sobrados méritos era enviado a una ciudad distinta a la de su domicilio habitual, existiendo cargos en provisionalidad en la ciudad de aplicación. Esto tenía la clara finalidad de desmotivar al recién posesionado, obligándolo a estar lejos de su familia para que renunciará al cargo.

Lo anterior llevó a que la Corte Constitucional profiriera una sentencia de unificación, la SU-446 del año 2011, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt, que limitó los nombramientos hechos a través de las diferentes acciones de tutela, pero le ordenó a la Fiscalía que en un plazo máximo de dos años (hasta junio de 2013), esta entidad deberá haber realizado el correspondiente concurso de méritos y llenado los cargos ofertados.

C. EL SISTEMA ACUSATORIO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.⁷¹

1. Mediante la adopción del Acto Legislativo No. 03 de 2002, que reformó la Constitución Política del país, se dio paso de un sistema de procesamiento mixto a un sistema de corte acusatorio, lo cual significó disminuir el poder de la Fiscalía General de la Nación para la investigación de delitos contra la administración pública.
2. A pesar de las diferentes bondades que trajo en términos procesales el sistema acusatorio, hay un retroceso en varios aspectos que dificultan la labor de investigación en delitos de alto impacto como los delitos contra la administración pública. Son varios los temas estructurales del sistema que no permiten que en muchos casos la Fiscalía pueda adelantar una eficiente labor en la lucha contra la corrupción. Se mencionarán algunos de los más relevantes, relacionados con el propio sistema acusatorio, como en comparación con la ley procesal anterior, la Ley 600 de 2000 (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), con el fin de dar una idea más clara de las falencias del nuevo sistema.
3. En primer lugar, debe destacarse la ausencia de la indagatoria. La Ley 600 de 2000 establecía la posibilidad de que el presunto responsable de la comisión de una conducta punible fuese llamado para escuchar su versión sobre los hechos. Si este no se presentaba, la Fiscalía podía emitir una orden de captura con el fin de hacer comparecer la persona al proceso. Este mecanismo coercitivo otorgaba la posibilidad de escuchar de primera mano la versión del investigado, generaba pautas investigativas y en muchas ocasiones significaba que la persona aceptase la responsabilidad penal de sus actuaciones, lo que se traducía en un menor desgaste para la administración de justicia.

Ahora, con el sistema acusatorio, la Fiscalía no puede emitir una orden en ese sentido y la persona está en la posibilidad de no acudir al interrogatorio, lo que entorpece el accionar de la justicia debido a las dilaciones en las investigaciones.

4. Otro tema tiene que ver con el hecho de que la investigación que hace la Fiscalía debe ser restringida posteriormente ante los jueces, es decir, que una evidencia recaudada en la etapa de indagación debe ser formalizada en el juicio. Así las cosas, si hay una declaración testimonial realizada ante la Fiscalía y después el testigo es renuente a ir o cambia su versión, la oportunidad para demostrar el reato sufre frente a la evidencia. En el anterior sistema de la Ley 600 todas las partes podía conocer y controvertir la prueba desde un primer momento, esto es, desde la propia investigación; así las cosas, si una persona se retractaba, la prueba testimonial ya había sido recaudada en debida forma y podía omitirse la misma en la etapa del juicio.

⁷¹ Este aparte fue elaborada por el experto Raúl Sánchez Sánchez a solicitud de Transparencia por Colombia

5. Antes de la Ley 906 de 2004, (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), las decisiones del fiscal de cada caso eran responsabilidad absoluta de esta entidad y solo eran sometidas a revisión por parte de sus superiores jerárquicos. Sin embargo, actualmente, con el nuevo esquema procesal, las decisiones del ente investigador deben estar sujetas al conocimiento de los jueces de control de garantías. Si bien la ley procesal es clara frente a las competencias legales de estos jueces, en varias ocasiones cada despacho toma decisiones contrarias a las tomadas en situaciones anteriores similares, lo que significa que a pesar de la jurisprudencia existente, el criterio no es coherente o uniforme, generando inseguridad jurídica.

En este sentido, si se piensa por ejemplo en actuaciones de policía judicial, la situación descrita anteriormente podría generar que algunas decisiones de los jueces de control de garantías lleven a la pérdida de importantes elementos probatorios o de evidencia recaudada durante la indagación, puesto que al no haber coherencia en los criterios jurídicos, un juez podría decretar la nulidad de una prueba que ha sido aceptada en otro caso.

6. Como resultado de estas falencias, se han realizado una serie de reformas legales que tienen como finalidad corregir el rumbo, sin que hasta la fecha se haya logrado. Por ejemplo, la Ley 1142 de 2007, en su exposición de motivos, explica la necesidad de una normatividad que logre sanar algunos de los vacíos del nuevo sistema penal acusatorio por medio de “modificaciones puntuales relacionadas con la remoción de obstáculos injustificados que generan impunidad y caos en la administración de justicia”⁷². Sin embargo, algunos expertos afirman que estos esfuerzos no fueron suficientes, razón por la cual se expidió la Ley 1453 de 2011, que buscaba ser aún más rigurosa, terminando con la Ley 1474 o Estatuto Anticorrupción, que pretende modificar una serie de normas procesales, especialmente relacionadas con los delitos contra la administración pública, en aras de “fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción.”

Como se observa, a partir de 2004 ha habido tres reformas procesales, es decir, una cada dos años. Su finalidad ha sido fortalecer el sistema acusatorio y corregir las falencias, pero hasta la fecha no se han logrado esos propósitos.

7. La Corte Suprema de Justicia decidió que los procesos que ella conozca no deben ser tramitados a partir de la Ley 906 de 2004 (por la cual se expide el Código de procedimiento Penal)⁷³, sino

72 Esta parte fue elaborada por el experto Raúl Sánchez Sánchez a solicitud de Transparencia por Colombia

73 “Artículo 533. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.” El numeral 3 se refiere a la investigación y juzgamiento que hace la Sala Penal de la Corte de los congresistas, tal como se citó en la nota de la página 5.

por la Ley 600 de 2000 (por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), lo que evidencia sin duda que la Sala Penal de la Corte identifica las falencias del sistema penal acusatorio para enfrentar delitos de alto nivel como son los cometidos por los congresistas -excepción planteada por la ley 906- y por tanto requiere de un código de procedimiento penal mucho más estricto y que otorgue garantías para todos los intervenientes. Esto ya que la estructura sobre la cual se basa el sistema acusatorio actual no da suficientes garantías a los intervenientes, pero lo más grave es que resulta ineficiente a la hora de investigar y castigar estas conductas de corrupción.

RECOMENDACIONES

Para todos los Estados Parte la implementación efectiva de las Convenciones y el diseño de mecanismos de monitoreo al cumplimiento de los compromisos adquiridos constituyen un desafío. A ello se suma la necesidad de difundir y estudiar a profundidad las Convenciones para determinar los desarrollos adicionales que se requieren para lograr una aplicación acorde al contexto de corrupción de nuestro país.

El reto es lograr un conjunto de normas armónicas, soportadas en herramientas sólidas y prácticas, que logren inspirar y consolidar una Política de Estado para el fortalecimiento de la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción.

El ejercicio realizado por la Corporación Transparencia por Colombia permitió identificar herramientas claves para la lucha contra la corrupción, las cuales deben ser diseñadas, aplicadas, promovidas y articuladas para la generación de acciones encaminadas a dar cumplimiento eficaz y efectivo a los artículos I y III de la Convención. Tales herramientas son:

Adopción inmediata de una Política Pública Integral de lucha contra la corrupción.

La correcta implementación de la Convención en nuestro país es clave para que se dé inicio, de manera real y sostenible, a la prevención y lucha contra la corrupción en Colombia como una **Política de Estado**⁷⁴. Esta es la apuesta del Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014 y el mandato del nuevo Estatuto Anticorrupción, instrumentos que recogen el mandato central y fundamental de la Convención UNCAC:

74 Corporación Transparencia por Colombia. Discurso de apertura del Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de examen UNCAC, 2011.

Formular políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad civil y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos, la integridad, la transparencia, y la obligación de rendir cuentas (Art. 5, UNCAC).

Entre 2010 y 2011, tanto en escenarios públicos como en textos con recomendaciones para el gobierno nacional, **Transparencia por Colombia interpretó el artículo 5 de la UNCAC para su aplicación en el país** de la siguiente manera:

“ES URGENTE una Política Pública Integral de lucha contra la corrupción, mandato central y fundamental de las Convenciones, que articule las acciones de las tres ramas del poder público y los órganos de control; comprenda a todas las entidades territoriales; contemple medidas de prevención, control, investigación y sanción; y promueva la correcta participación, cooperación y convergencia entre el sector público, el sector privado y la ciudadanía en su diseño e implementación”⁷⁵.

“Así mismo, dicha política debe tener un claro diagnóstico sobre el fenómeno, sus modalidades e impacto; un balance sobre sus costos, sobre las investigaciones realizadas y las sanciones aplicadas; sobre lo que se ha hecho hasta el momento; y quizás más importante, que fije estrategias, objetivos y metas precisas y medibles, acciones concretas, plazos de ejecución, y los recursos que se destinarán a su desenvolvimiento”⁷⁶.

A inicios de 2012, Transparencia por Colombia resumió en diez puntos su propuesta para la Política Integral de Lucha Contra la Corrupción, que debe comprender los siguientes aspectos⁷⁷:

1. Elaborar estrategias específicas para las ramas del poder público y los órganos de control.
2. Evaluar y reformar el Sistema Penal Acusatorio para hacer más efectiva la lucha contra la corrupción, aspecto planteado por Transparencia el pasado 9 de diciembre a través de un informe independiente sobre el cumplimiento de compromisos de Colombia frente a la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC).
3. Establecer medidas concretas que garanticen el derecho fundamental al acceso a la información pública.

⁷⁵ Corporación Transparencia por Colombia. Saludo e instalación del Foro “Retos del Estado y la Sociedad Civil de Colombia frente a la lucha contra la corrupción”, 2011.

⁷⁶ Corporación Transparencia por Colombia. Discurso de apertura. Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de examen UNCAC, 2011. Citando a Alberto Maldonado en el documento preparado para Transparencia por Colombia dentro del proyecto de incidencia en el Plan Nacional de Desarrollo, 2010.

⁷⁷ Tomado de <http://www.transparenciacolombia.org.co/NOTICIAS/tqid/134/ctl/Details/mid/755/ItemID/371/language/es-ES/Default.aspx>

4. Estimular la participación de la sociedad civil, tanto en la formulación de la Política Integral, como en su ejecución y seguimiento.
5. Estimular la participación de los medios de comunicación en las políticas de lucha contra la corrupción.
6. Establecer medidas de estímulo y de protección a funcionarios y ciudadanos con relación a la denuncia de prácticas de corrupción.
7. Promover la transparencia y la difusión de la información de bienes y rentas y sobre conflicto de intereses de los funcionarios públicos.
8. Establecer unidades especiales de inteligencia contra la gran corrupción.
9. Tomar medidas para prevenir y combatir la captura y reconfiguración cooptada del Estado.
10. Establecer mecanismos para prevenir y mitigar la distorsión de los procesos electorales.

De manera particular, el gobierno debe poner atención a estos aspectos relevantes y fundamentales para llevar a cabo el proceso de elaboración de la política pública integral de lucha contra la corrupción.

Diseño de políticas públicas coordinadas para la prevención y lucha contra la corrupción (artículo 5- 6 ONU)

A la fecha de la publicación de este informe (agosto de 2012), Colombia no ha aplicado en su totalidad el compromiso de formular, aplicar y mantener en vigor políticas públicas coordinadas y eficaces para prevenir la corrupción y que promuevan la participación de la sociedad civil. De otra parte, no se han desarrollado evaluaciones periódicas acerca de la pertinencia de los instrumentos jurídicos y la medidas administrativas existentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción (la última evaluación la hizo en 2002 con la Encuesta del Banco Mundial).

La participación de la sociedad civil, tanto en el diseño, como la implementación, evaluación y monitoreo de la política pública, debe ser potenciada. De manera puntal, se insta al Estado colombiano a la publicación permanente de los avances y resultados del proceso de seguimiento y monitoreo de la convención.

En materia de articulación de acciones, es fundamental que los diferentes órganos del Estado involucrados de manera directa con el diseño de acciones de prevención, investigación y sanción de la corrupción, actúen coordinadamente, para lograr que se oriente “en clave de integridad y lucha contra la corrupción” el ejercicio de sus funciones públicas.

Hasta ahora la inversión realizada por el Estado colombiano en acciones para fomentar y formar a funcionarios públicos en temas como transparencia, rendición de cuentas, promoción de buenas prácticas, integridad en la gestión pública y cuidado de los recursos públicos ha sido insuficiente.

Esto, sumado a la baja sostenibilidad de las acciones, así como al cambio permanente del enfoque anticorrupción, ha impedido que se anclen con solidez en la cultura institucional del país los mandatos de la Convención.

Transparencia por Colombia, teniendo en cuenta su experiencia en el seguimiento a convenciones internacionales, su larga trayectoria en la lucha contra la corrupción y su relación con Transparencia Internacional, recomienda que se haga claridad sobre las relaciones entre las diferentes entidades que trabajan estos temas antes de crear un órgano autónomo de lucha contra la corrupción. De esta manera todas las entidades podrán trabajar de manera coordinada y eficiente tanto en la sanción como en la prevención de la corrupción.

Para estos efectos es necesario hacer los arreglos institucionales necesarios y no solamente crear nuevas entidades sin sinergias internas que faciliten un trabajo eficiente y eficaz.

Si bien la investigación y el informe realizados por Transparencia por Colombia no contempla la perspectiva territorial en el diseño de la Política Anticorrupción, es importante hacer un llamado al gobierno nacional para que diseñe acciones que contemplen la dimensión regional de la política. En este sentido, la aplicación efectiva de la Convención en un país como Colombia también pasa por el desarrollo de acciones a nivel local, que permitan a las instancias locales prevenir, investigar y sancionar hechos y prácticas corruptas en el desempeño de sus funciones misionales.

Contar con un órgano rector de la contratación pública en Colombia, que prevenga la comisión de delitos como el cohecho y el peculado

Las cuantiosas sumas pagadas por concepto de sentencias y conciliaciones dejan en evidencia las debilidades de las entidades del Estado en materia de defensa judicial, así como la ineeficacia de los mecanismos de control a los procesos de selección de contratistas y a la ejecución de los contratos. Para subsanar estos vacíos institucionales y fortalecer el actuar del Estado, el gobierno actual creó la Agencia Nacional de Defensa del Estado y la Agencia Nacional de Contratación.

Lo anterior pone de presente la necesidad de que el país cuente con un ente rector de la contratación pública, dada la ausencia de una instancia independiente que en vía gubernativa se encargue de la solución de controversias contractuales, lo cual implica que la vía judicial es la segunda y única instancia para revocar las decisiones de la administración.

Fortalecer la legislación y los mecanismos para que los empleados y funcionarios públicos garanticen el derecho a la información pública

En Colombia existe un marco constitucional y jurisprudencial del derecho al acceso a la información apropiado, pero se incurre en prácticas inadecuadas como el ocultamiento de información y la cultura del secreto en los funcionarios públicos. La dispersión normativa en materia de acceso a la información en Colombia se ha mantenido durante bastante tiempo. Pese a que recientemente fue aprobada una ley de acceso a la información pública en el Congreso, ésta todavía no ha entrado en vigencia pues primero debe pasar por una revisión de fondo y de trámite por parte de la Corte Constitucional.

Por tal razón, en la actualidad la mayor parte del desarrollo y garantía del derecho de acceso a la información se encuentra en sentencias de la Corte Constitucional. Además, es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política en los artículos 20 y 74, razón por la cual ha podido garantizarse por medio de la acción de tutela en algunos casos. Por otro lado, existen varias normas que lo desarrollan de manera tangencial, como la Ley 594 de 2000, según la cual las entidades están obligadas a administrar y custodiar su documentación en archivos públicos, la Ley 80 de 1993 en la cual se incluye la transparencia como principio de contratación estatal, o la Ley 1266 de 2008, de *habeas data*, entre otras.

El proyecto de ley que se encuentra en proceso de revisión por la Corte Constitucional tiene su origen en la propuesta elaborada por Transparencia por Colombia y Dejusticia en el marco de la alianza Más Información Más Derechos, la cual fue consolidada con dos propuestas parlamentarias. La norma aprobada contempla varios avances importantes, no obstante, como es natural, durante su trámite legislativo sufrió varios cambios, algunos completamente en contra de los intereses de garantía de este derecho.

Entre los avances más destacados se encuentran:

1. La creación de una unidad normativa, recogiendo buena parte de los estándares establecidos por la Corte Constitucional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos altos tribunales habían hecho una recolección importante de principios que no tenían un reconocimiento legal, tales como el de máxima publicidad, la carga de la prueba para el Estado para poder negar información y la divulgación parcial, entre otros. Como ya se mencionó, las normas anteriores, además de ser dispersas, no contemplan dichos fundamentos.
2. El establecimiento de una lista de sujetos obligados a suministrar información. Este es un avance fundamental porque permite que la ciudadanía conozca quiénes deben suministrar información, y además, deja claro que hay entidades que no pueden negar información pública

bajo el argumento de que, por su naturaleza, se encuentran en un régimen privado. Por esta razón, además de las tres ramas del poder público y los órganos de control, se incluye a los partidos políticos, las empresas de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado y las prestadoras de servicios públicos, en relación con la prestación del servicio, entre otras.

3. La creación de obligaciones de gestión documental para los sujetos obligados, además de obligaciones de divulgación proactiva que superan notablemente lo establecido en normas anteriores. De acuerdo con esto se deberá suministrar información de estructura y funcionamiento, presupuesto y su respectiva ejecución, normatividad, resultados de auditorías, informes de gestión y evaluaciones, prestación de servicios, procedimientos de toma de decisiones y mecanismos de participación, entre otros.
4. El mandato legislativo para la creación de una política pública de promoción del derecho de acceso a la información. La elaboración de la misma está en manos de varias entidades del gobierno: la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), el Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Archivo General de la Nación y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Un reto fundamental es que estas entidades puedan coordinarse entre sí y con las de otras ramas del poder público.
5. Las garantías de acceso a la información como derecho fundamental se amplían al permitir que la acción de tutela sea aplicable a más casos. Además, se establece la necesidad de la carga de la prueba sobre la existencia de un daño presente, probable y específico sobre los derechos protegidos por la reserva. Y por último se reduce el tiempo máximo para las reservas de información: actualmente son treinta años, la norma aprobada establece que son quince, prorrogables por un término igual, previa autorización de los superiores jerárquicos de cada rama del poder público y de los órganos de control.

Sin embargo, a pesar del gran avance de este proyecto de ley, aun quedan muchos aspectos por regular en aras de la ampliación del derecho de acceso a la información como instrumento fundamental de la lucha contra la corrupción y por ende el cumplimiento de las convenciones internacionales.

Ante esto, se recomienda a las unidades responsables de sistematizar la información de la rama judicial relacionada con delitos contra la administración pública hacerla pública en la Fiscalía General de la Nación o en una nueva Unidad de Análisis estadístico especial para

casos de corrupción, que podría ser creada dentro un futuro proyecto de reforma a la justicia. Es fundamental que los órganos responsables de la implementación de las normas de lucha contra la corrupción adelanten un diagnóstico sobre el acceso a la información pública en entidades estatales, que permita diseñar e implementar medidas y estrategias eficientes que garanticen la transparencia y fomenten la rendición de cuentas y el acceso a la información.

Crear un sistema eficiente para la declaración de los ingresos, activos y pasivos de los funcionarios públicos.

El Estado colombiano debe contar con un formulario único de declaración de bienes y rentas que permita identificar, prevenir y sancionar el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. Con frecuencia éstos carecen de los instrumentos y capacitación requeridos para aplicar las normas, como por ejemplo las relacionadas con enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, que se encuentra tipificado en el Código Penal colombiano. De esta forma será más fácil prevenir y detectar de forma temprana aquellos casos en los que los funcionarios aumenten su patrimonio de manera injustificada, como resultado de conductas indebidas en su actividad con recursos públicos.

Las declaraciones de bienes y rentas deben entrar a formar parte integral de las medidas preventivas de lucha contra la corrupción pues en la actualidad son un simple requisito administrativo que no se corresponde con los lineamientos anticorrupción propuestos por la Convención.

Aplicación efectiva de la norma o disposiciones relacionadas con la anticorrupción

Tal como se estableció en literal III. C. del presente informe, Colombia cuenta con un desarrollo normativo que permite el cumplimiento formal de algunas de las disposiciones obligatorias y facultativas de la convención. Sin embargo, la aplicación fáctica de las mismas colisiona con el aparato burocrático del Estado y con la ineeficiencia de los procesos y procedimientos que sustentan su desarrollo. Así mismo, la poca conciencia institucional frente a la pertinencia de las normas en el cumplimiento de la Convención, hace que tanto servidores públicos como ciudadanos no relacionen dicha norma con mecanismos anticorrupción. En tal sentido, es de vital importancia empezar a armonizar de manera urgente las disposiciones normativas con el diseño y aplicación de la Política Pública Anticorrupción.

Fortalecer los mecanismos de cooperación judicial que permitan la prevención y sanción de hechos de corrupción.

Al ser un delito de alto impacto, que ha sofisticado sus prácticas de ocultamiento, la corrupción en Colombia requiere de un compromiso claro y efectivo que permita a los órganos judiciales rastrear internacionalmente los dineros producto de dichos delitos y prevenir posteriores hechos de corrup-

ción. Por lo anterior es necesario capacitar y articular a las agencias del Estado en protocolos de investigación y sanción.

Implementar los mecanismos necesarios para contrarrestar la ausencia de información pública clara, completa y oportuna sobre estadísticas y resultados de lucha corrupción.

A pesar de que la Procuraduría General de la Nación ha comenzado el diseño del Observatorio Anticorrupción, la identificación de prácticas, esquemas de operación y aspectos que potencian la corrupción en el país debe estar acompañada de la mirada ciudadana del fenómeno. La ausencia de información oportuna y completa dificulta el accionar no solo de los órganos de control y vigilancia, sino también de los ejercicios de control ciudadanos. Este aspecto debe ser contemplado de igual manera en el diseño de la Política Pública Anticorrupción.

Fortalecer y aclarar la normatividad, así como los mecanismos y procesos judiciales, para la efectiva responsabilidad de las personas jurídicas vinculadas con delitos de corrupción.

La vinculación directa del sector privado en prácticas corruptas, obliga al Estado colombiano a realizar acciones efectivas que garanticen, dentro del cumplimiento normativo, la responsabilidad de las personas jurídicas frente a delitos de corrupción. La normatividad blanda o poco clara es un elemento que potencia y pone en riesgo a la institucionalidad. Las acciones deben contemplar modificaciones normativas y ajustes procesales que faciliten el accionar de los órganos de control, vigilancia y sanción.

ANEXO I

PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY FRENTE AL DELITO DE CORRUPCIÓN

*Memorias del Taller Nacional de
Capacitación sobre el mecanismo de
examen de la Aplicación de la Convención
de las Naciones Unidas contra la
Corrupción: Énfasis en penalización y
Aplicación de la Ley*

PRESENTACIÓN

Entre el 24 y 27 de marzo de 2011 se realizó en las instalaciones de la Universidad del Rosario el Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, con énfasis en Penalización y Aplicación de la Ley. El taller fue organizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNDOC, (Oficina en Colombia Área de Justicia y Seguridad y Secretaría Viena, Subdivisión de Lucha Contra la Corrupción y Delitos Económicos) y el Programa Presidencial de Lucha Contra la Corrupción.

Al taller asistieron cerca de 40 directivos, funcionarios, profesionales y expertos de diversas instituciones del sector justicia y los órganos de control, así como miembros de organizaciones de la sociedad civil y de organismos multilaterales.

La construcción y edición de las memorias del taller estuvo a cargo de la Corporación Transparencia por Colombia y para ello se contó como material de trabajo con las presentaciones y ponencias aportadas por los panelistas y recopiladas por UNODC Colombia y las notas y transcripciones de las intervenciones en los paneles elaborados por miembros del equipo de Transparencia por Colombia.

Las entidades organizadoras y promotoras del evento quieren hacer un especial reconocimiento al Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, que gentilmente acogió al grupo para la realización del taller y colaboró en la planeación y desarrollo del mismo.



ACTO DE APERTURA

ACCIÓN CONJUNTA Y DECIDIDA PARA FRENAR LA CORRUPCIÓN

Aldo Lale-Demoz, representante UNODC en Colombia

Me complace ser parte de este importante evento, no solo por el trabajo que apoya UNODC en Colombia para la prevención y sanción de la corrupción, sino también porque en mi oficina tenemos la responsabilidad de actuar como garantes a nivel mundial de la implementación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Así mismo, me siento honrado de estar en este importante claustro académico, recordando que UNODC, la Universidad del Rosario, y el Ministerio del Interior y de Justicia han tenido la fortuna de trabajar juntos en el pasado para el desarrollo de un estudio sobre los aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia; destacando que este estudio se ha convertido en un referente para mejorar la comprensión del fenómeno de la trata de personas en el país, y sus implicaciones legales.

Sobre la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción quisiera resaltar que representa un logro para reforzar los reglamentos destinados a la lucha contra la corrupción en todos los países del mundo.

Por ejemplo, la Convención exige a los Estados que devuelvan los bienes procedentes de la corrupción al país donde fueron robados. De igual forma, la Convención enfatiza en la importancia de prestar asistencia judicial recíproca respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionadas con delitos de corrupción.

Reunirnos hoy en Colombia para trabajar sobre la implementación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción tiene un especial significado por dos razones que me gustaría compartir con todos ustedes:

La primera, es que hace poco más de 8 años, la delegación de Colombia, encabezada por el difunto Embajador Héctor Charry Samper, lideró el trabajo del Comité Especial encargado de negociar

los términos del Convención. Esto quiere decir que, Colombia fue desde el principio, uno de los países pioneros de la Convención.

La segunda, es que todas las denuncias e investigaciones adelantadas en lo que lleva este año, llaman la atención sobre la importancia de tener a la mano instituciones, políticas y ciudadanos preparados para actuar de manera decidida frente a la corrupción.

En el caso particular de las instituciones encargadas de investigar casos de corrupción, me complace decir que, con un aporte modesto pero decidido, en UNODC estamos apoyando la labor de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

Los cerca de cien investigadores, profesionales, técnicos y asesores que trabajan en esta Dirección de Investigaciones Especiales, tienen sobre sus hombros una heroica labor en la recolección de pruebas y la conducción de investigaciones que luego permiten determinar con justicia sanciones ejemplares para quienes hayan incurrido en el delito de corrupción.

Igualmente importante es la labor que adelanta la Fiscalía General de la Nación (y la Contraloría) en el desarrollo de investigaciones, recolección de pruebas y realización de denuncias en contra de corruptos.

Contar hoy con la Convención como un instrumento global anti-corrupción es importante. Pero es aún más importante poder realizar un trabajo serio de monitoreo y de evaluación sobre su implementación, para determinar en qué se está avanzando y en qué se tienen debilidades.

Es por esta razón que desde hace más de cinco meses hemos trabajado hombro a hombro con el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, la Cancillería colombiana, la Unidad de Crímenes Económicos y de Corrupción de la sede central de UNODC y la Universidad del Rosario en la planeación de la actividad que hoy estamos iniciando; y para la cual hemos logrado convocar la participación de:

- Delegados de ministerios e instituciones de control y de planeación,
- Representantes de la sociedad civil, como Elisabeth Ungar y los demás colegas que nos acompañan de Transparencia Internacional/Capítulo Colombia, así como de la Red de Veedurías Ciudadanas, y de la Corporación Acción por Colombia,
- Representantes de gremios y de asociaciones del sector privado,
- Representantes de la academia,
- Representantes de la comunidad internacional.

Esperamos que el taller que hoy estamos iniciando, facilite un espacio de análisis de fortalezas y debilidades en la penalización y en la aplicación de la ley en contra de la corrupción.

Es gracias a la oportuna y decidida aplicación de la ley que se han podido dar sanciones ejemplares a corruptos en todo el mundo.

Por ejemplo, en 2009 una multinacional tuvo que pagar cerca de 579 millones de dólares al gobierno de los Estados Unidos como sanción por sobornar a oficiales en un país africano para ganar un contrato. En 2008, un conglomerado industrial alemán tuvo que pagar 1 billón de euros a los gobiernos de Alemania y de Estados Unidos como sanción por cargos de soborno a oficiales.

En América Latina, funcionarios gubernamentales han sido sancionados y destituidos al ser encontrados culpables de haber participado, encubierto, o permitido de alguna manera la comisión de distintos tipos de corrupción.

Estos ejemplos nos demuestran que la corrupción no es un delito exclusivo de un país; y sí un delito transnacional. Tampoco es un delito exclusivamente relacionado con el soborno, y sí un delito transversal en la comisión de otros delitos como el narcotráfico, el tráfico de armas, la trata de personas, el tráfico de recursos naturales, delitos financieros e incluso, delitos en el deporte.

En el caso específico de los deportes, las apuestas representan un gran negocio. El arreglo de resultados, y el uso de drogas para que los atletas ganen a toda costa, figuran entre algunas de las consecuencias más notables. Y las oportunidades para la generación de corrupción a gran escala no se hacen esperar: bienes y servicios son requeridos para la construcción de grandes escenarios deportivos y para la organización de grandes eventos, y sin la implementación de los controles adecuados, esto podría derivar en la manipulación de contratos, ó incluso en el lavado de dinero.

Colombia tiene más de diez instancias en los ámbitos presidencial, legislativo, de investigación y judicial para luchar contra la corrupción. Adicionalmente, cuenta con un importante número de iniciativas de control social, impulsadas desde los mismos ciudadanos, y algunas respaldadas por el gobierno, el sector privado o por la comunidad internacional. **Es importante, que todos estos actores puedan articular su trabajo de manera positiva, sin dejar de lado las oportunidades que ofrecen los instrumentos globales y regionales anti-corrupción.**

Esperemos que esta sea una de muchas oportunidades para afianzar en el avance hacia una acción conjunta y decidida para frenar la corrupción.

LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA UNCAC

Elisabeth Ungar Bleier, Directora Ejecutiva de la Corporación Transparencia por Colombia

Un saludo para todos los funcionarios de las entidades del Estado colombiano presentes en el taller y un especial agradecimiento al equipo de trabajo de UNODC en Colombia y a la Secretaria General de Viena, quienes hacen posible este ejercicio que consideramos de la mayor importancia para el país.

Por un lado, por el compromiso que el Gobierno Nacional ha asumido desde el pasado 7 de agosto de convertir la lucha contra la corrupción en una de sus prioridades. De otra parte, porque como signatario de las Convenciones Internacionales de Lucha contra la Corrupción, el Estado Colombiano tiene unos compromisos ineludibles frente a la comunidad internacional. Y por último, porque todas las evidencias apuntan a que la corrupción en Colombia ha alcanzado niveles realmente preocupantes. Si bien es muy desalentador constatar sus alcances y magnitud y su capacidad de corroer todos los estamentos de la sociedad, públicos y privados, paradójicamente, el que estos hechos se conozcan y estén siendo investigados es una ventana de esperanza para el país.

Para la Corporación Transparencia por Colombia es de vital importancia participar en este taller nacional de capacitación sobre el Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, más conocida como la UNCAC.

En primer lugar, porque somos parte de las 240 organizaciones de 100 países que, unidas en la UNCACOALITION, abogamos por la ratificación y correcta implementación de la Convención de las Naciones Unidas en todo el mundo, y demandamos un mecanismo de examen público, transparente, inclusivo, eficiente y que rinda cuentas sobre la acción de los estados en la lucha contra la corrupción.

En segundo lugar porque, como capítulo de Transparencia Internacional, fuimos la única organización no gubernamental con voz durante el proceso de redacción de la UNCAC. Transparencia Internacional estuvo presente como observador durante las sesiones de negociación y elevó propuestas

al Comité de Redacción. Las contribuciones de la sociedad civil colombiana resultaron determinantes en su actual texto. De hecho, la transparencia, la participación de la sociedad civil y del sector privado fueron reconocidos como elementos críticos para la prevención y lucha contra la corrupción, tanto en el artículo 13 como en otras disposiciones de la Convención.

Desde un principio, la sociedad civil expresó a las Naciones Unidas la necesidad de crear un proceso de monitoreo como parte de la Convención. Debido a la ausencia de consenso sobre este punto y al bloqueo deliberado de varios países a la discusión y a la posibilidad de llegar a un acuerdo, se decidió elevar su debate a la Conferencia de Estados Parte, la cual, después de cuatro años de la firma de la Convención, adoptó un mecanismo de revisión en noviembre de 2009 en Doha, Qatar. Hoy contamos con este mecanismo de examen, y es el tema que nos convoca para los próximos cuatro días de trabajo. De ahí la importancia de tener espacios como este taller, que permiten darle continuidad a los esfuerzos que gobiernos, organismos internacionales, sociedad civil y sector privado han hecho para incluir la lucha contra la corrupción como un pilar de la acción pública de los Estados y de las políticas de desarrollo mundial.

En tercer lugar, porque creemos firmemente que la correcta implementación de la Convención en nuestro país es clave para que se dé inicio, de manera real y sostenible, a la prevención y lucha contra la corrupción en Colombia como una política de Estado. Pero además, porque es una condición orientada a allanar el camino para lograr el ingreso de Colombia a otras instancias internacionales, como por ejemplo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE.

La Convención contra la corrupción de Naciones Unidas compromete a sus Estados Parte a adoptar una amplia y detallada serie de medidas de diversa vinculación legal en sus ordenamientos jurídicos y políticas públicas, a fin de desarrollar los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como promover, facilitar y regular la cooperación entre Estados en estas materias.

La UNCAC es el acuerdo más amplio que existe a nivel internacional en materia de lucha contra la corrupción, con 148 estados parte que a febrero de 2011 lo habían ratificado. A través del mismo, Estados con diferentes culturas, religiones, sistemas políticos y economías sentaron las bases para avanzar en la conformación de nociones compartidas sobre la corrupción, y significó un hito en los esfuerzos globales alrededor de este problema, al contemplar cuestiones como la repatriación de fondos robados, la extradición por corrupción y duras medidas contra el sector privado.

Del mismo modo, la Convención estableció la diferencia entre prevención y lucha contra la corrupción, incentivando la necesidad de dar forma a una perspectiva integral para enfrentar dicho fenómeno. Con ello, busca convertir la corrupción en un acto de alto riesgo y bajos rendimientos, pues soporta la lucha contra la impunidad con la correcta penalización de los actos de corrupción. Sobre este punto es importante mencionar que si la tipificación penal no se concreta en investigaciones, juzgamiento y condena de casos específicos, la sociedad se hace menos sensible a la corrupción. Con la implementación de la convención en los países, la corrupción dejó de ser considerada como un delito político, para ser comprendida y abordada como un crimen, debido al enorme daño social que genera.

Al respecto, los múltiples y graves hechos de corrupción conocidos en Colombia durante los últimos meses, así como las investigaciones que en la actualidad vienen adelantando los órganos judiciales y de control, son la lamentable evidencia de una preocupante paradoja: mientras la Convención era firmada, ratificada y entraba en vigencia en nuestro país, se evidenció la relación perversa entre corrupción, narcotráfico y violencia; la corrupción fue ganando terreno como una práctica recurrente en el ejercicio de la función pública por parte de numerosos funcionarios y de miembros del sector privado, y las acciones de los órganos de investigación y control resultaron en gran medida ineficaces.

Y a la vez, también, el rechazo social y ciudadano a estas prácticas era tímido y casi inexistente, quizás porque se pensó que era un mal menor frente a otros fenómenos como la inseguridad. Del mismo modo, durante los últimos diez años hemos experimentado el desenvolvimiento, con alto grado de sofisticación, de la etapa más avanzada de la corrupción en Colombia: la captura y reconfiguración cooptada de las instituciones del Estado en los diferentes niveles de gobierno y la ausencia de esfuerzos integrales y contundentes por parte de los organismos responsables de adelantar un combate frontal contra este flagelo, así como de la voluntad política requerida para lograrlo.

Si bien es claro que la corrupción no es un problema de hoy, ni tampoco exclusivo de Colombia, sí es absolutamente necesario encaminar las iniciativas que ha propuesto el gobierno nacional hacia la adopción completa e integral de las disposiciones de las convenciones internacionales en la acción del Estado. Nos preocupa sobremanera, como sociedad civil y ciudadanos, que las iniciativas que actualmente está desarrollando e impulsando el gobierno son dispersas y aparentemente no han dimensionado la magnitud del fenómeno.

El gobierno de Juan Manuel Santos se ha comprometido públicamente a darle prioridad a este tema. El proyecto de ley conocido como Estatuto Anticorrupción, aprobado recientemente y en trámite de ser conciliado, presenta avances en diversos temas. De otra parte, el Plan Nacional de Desarrollo

2010-2014 contiene, por primera vez, un aparte especial de lucha contra la corrupción en el capítulo de Buen Gobierno. Así las cosas, el gobierno nacional ha planteado, entre otros aspectos, i) el compromiso de formular una política integral de lucha contra la corrupción; ii) la puesta en marcha de un sistema de información sobre el fenómeno y; iii) la necesidad de involucrar al sector privado y a la sociedad civil en este propósito. Así mismo, resulta relevante mencionar los esfuerzos significativos adelantados por los organismos de control y por la Fiscalía General de la Nación para coordinar sus acciones y avanzar en las investigaciones asociadas con la problemática que hoy nos convoca.

Sin embargo, todo esto aún no responde a una política o estrategia integral de Estado. Colombia no ha acometido la empresa de dar forma a una política o estrategia integral, mandato central y fundamental de las Convenciones, que articule las acciones de las tres ramas del poder público y los órganos de control, comprenda a todas las entidades territoriales, contemple medidas de prevención, control, investigación y sanción y promueva la correcta participación, cooperación y convergencia entre el sector público, el sector privado y la ciudadanía en su diseño e implementación. Así mismo, dicha política debe tener un claro diagnóstico sobre el fenómeno, sus modalidades e impacto; un balance sobre sus costos, sobre las investigaciones realizadas y las sanciones aplicadas; sobre lo que se ha hecho hasta el momento; y quizás más importante, que fije estrategias, objetivos y metas precisas y medibles, acciones concretas, plazos de ejecución, y los recursos que se destinarán a su desenvolvimiento.¹

De acuerdo con el seguimiento realizado por Transparencia por Colombia a la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Estado colombiano aún debe implementar alrededor del 80% de los compromisos que ha adquirido para diseñar, adoptar y mejorar las políticas y programas públicos relacionados con prevención y lucha contra la corrupción. Esto nos indica que aún hay mucho por hacer desde la institucionalidad pública y no hemos agotado todos los caminos.

La UNCAC contiene grandes promesas civiles y democráticas porque provee un mandato claro y contundente para la participación de ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en los procesos de control y rendición de cuentas. Con este respaldo, Transparencia por Colombia y muchas otras organizaciones en nuestro país asumimos el compromiso y la responsabilidad de promover la prevención y la lucha contra la corrupción mediante ejercicios de control social tales como el Índice de Transparencia, las veedurías ciudadanas, la promoción del fortalecimiento de capacidades de organizaciones sociales, la sensibilización y formación en materia de prevención y lucha contra la corrupción, la promoción del

1 Corporación Transparencia por Colombia, Documentos Recomendaciones de Política Pública para el Plan Nacional de Desarrollo, Bogotá, Alberto Maldonado (autor), 2010.

derecho de acceso a la información, y estudios y denuncias alrededor de este fenómeno. Pero además, con nuestros aportes y conocimientos para el diseño e implementación de una estrategia integral de lucha contra la corrupción y por la transparencia.

Al Estado colombiano le corresponde hoy asumir con determinación su compromiso y su responsabilidad. A partir de mayo de 2011 debe empezar el proceso de examen de la UNCAC. En consecuencia, Transparencia por Colombia, con el apoyo de UNODC en Colombia y Transparencia Internacional, realizará un monitoreo con otros miembros de la sociedad civil a la transparencia del proceso por parte del gobierno colombiano, entregará información a la ciudadanía, y presentará una evaluación independiente sobre los temas de revisión bajo la UNCAC. Para cumplir con esta tarea, esperamos contar con la información oficial, y con todo el apoyo de las entidades hoy presentes; y al tiempo, apoyar al punto focal de Colombia, los expertos gubernamentales y funcionarios responsables de sacar adelante este proceso, de tal manera que el país vaya más allá de los mínimos establecidos por el mecanismo, y muestre su voluntad de darle un giro a la acción del Estado frente a la corrupción.

Creemos que este ejercicio que hoy comienza se constituye en un punto de partida para que otros actores se involucren en el proceso de examen que empieza el Estado colombiano, pero con mayor importancia, aparece como una oportunidad para la construcción de planes de trabajo conjuntos para delinear los esfuerzos, las responsabilidades y el papel de las instituciones públicas, la sociedad civil y el sector privado en el desafío de diseñar y adoptar medidas eficaces y participativas para la prevención y lucha contra la corrupción durante los próximos años.

Muchas gracias.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN, EL GRAN RETO DE LOS ESTADOS DE DERECHO

Alejandro Vanegas Franco, Vicerrector de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario

Para comenzar quiero agradecer a la Organización de las Naciones Unidas por otorgarle a la Universidad del Rosario el honor de ser la sede del “*Taller Nacional de Capacitación sobre el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: énfasis en Penalización y Aplicación de la Ley*”.

Para la Universidad del Rosario es muy significativo acoger la discusión sobre un tema vital para el desarrollo del país como es la lucha contra la corrupción, organizado por una institución que durante más de sesenta años ha velado por la paz, el bienestar y el progreso de toda la humanidad.

También nos sentimos honrados de poder recibir a autoridades muy importantes y comprometidas en la lucha contra la corrupción, representantes de la Organización de las Naciones Unidas, del Gobierno Nacional, de la Rama Judicial, del Congreso de la República, de la Fiscalía General de la Nación, de los organismos de control, de la sociedad civil, de los gremios y de los medios de comunicación, a quienes les doy la bienvenida a nuestra universidad y les ofrezco todo nuestro apoyo para que este evento sea un éxito.

La corrupción es el principal problema de los Estados de Derecho, pues deslegitima la democracia, desviando las actuaciones públicas hacia intereses particulares indebidos. En virtud de este fenómeno, la justicia se convierte en impunidad, las leyes en instrumentos para justificar la avaricia y la administración pública en una industria para el enriquecimiento de los gobernantes.

En los países menos desarrollados, la corrupción condena a la miseria a millones de personas destinatarias de las políticas públicas, construye economías frágiles sustentadas en el dinero fácil y afecta los valores más profundos de la ciudadanía como la honestidad y el interés público.

En este panorama, la corrupción vulnera la confianza de los individuos en las instituciones públicas, destruyendo los pilares de una sociedad, remplazando el respeto por el interés público por costumbres despreciables como el soborno y el tráfico de influencias.

Por lo anterior, la lucha contra la corrupción se ha convertido en el gran reto de Estados de Derecho, pues sus incentivos indebidos son tan cuantiosos que también han motivado el surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada, transnacional y sofisticada.

La criminalidad actual en materia de corrupción no es ejercida por individuos sino por empresas; no se circumscribe al sector público, sino que también ataca al sector privado; no se lleva a cabo a través de la apropiación directa de bienes materiales, sino que depende de la obtención de rendimientos financieros; no se oculta a través de familiares, sino mediante filiales en el extranjero; no se comete sólo por funcionarios públicos, sino también por particulares que prestan funciones públicas; y sobre todo, no afecta a un Estado, sino a toda la comunidad internacional.

Adicionalmente, el problema de la corrupción ya no es exclusivo del Estado, pues ha invadido todos los sectores de la sociedad y también afecta al sector privado, pues no son pocos los casos en los cuales los administradores de una empresa abusan de sus cargos para lograr un beneficio personal, llevando a la quiebra a grandes sociedades en detrimento de sus trabajadores, de sus socios y de la economía del país.

Por lo anterior, la lucha contra la corrupción se ha convertido en el gran reto de la comunidad internacional, en especial de la Organización de las Naciones Unidas, que ha realizado grandes esfuerzos para la prevención y la represión de este fenómeno a través de mecanismos penales, civiles y administrativos que han servido de modelo en todo el mundo.

La Organización de las Naciones Unidas se ha preocupado por la lucha contra la corrupción desde su propia creación y posteriormente comenzó a realizar esfuerzos específicos para la represión y la prevención de este fenómeno, dentro de los cuales se destacan la Resolución 3514 de 1975 sobre las prácticas corruptas en el comercio internacional, la Resolución 51/191 de 1997 sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales; y la Resolución 53/176, denominada “Medidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales”.

Todos estos esfuerzos sentaron las bases para la creación de un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, independiente de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, el cual luego de múltiples resoluciones y reuniones se materializó

en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada el 31 de octubre de 2003, que sin lugar a dudas se ha convertido en el principal instrumento para la lucha contra la corrupción en el mundo.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción exige medidas para prevenir este fenómeno en el sector público y el privado como penalizar conductas relacionadas con la corrupción, imponer responsabilidad a las personas jurídicas que hayan participado en estos actos, establecer mecanismos de cooperación internacional y establecer una serie de técnicas para la recuperación de activos.

Sin embargo, la consagración de estas medidas no tendría ninguna eficacia sin un mecanismo de implementación y de examen de aplicación de la Convención, para lo cual es fundamental la realización de discusiones como las que se llevarán a cabo durante estos días y que abordarán las temáticas más importantes en materia de corrupción.

En el campo penal sustantivo se analizarán los mecanismos de penalización y aplicación de la ley de los delitos de soborno, malversación pública y privada, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo del producto del delito y tráfico de influencias.

En este tema no podemos olvidar la necesidad de unificar criterios de tipificación en el ámbito internacional para evitar la impunidad y buscar mecanismos para que todas las modalidades de corrupción sean sancionadas ejemplarmente.

En el campo dogmático se analizará la participación, tentativa y encubrimiento de actos de corrupción, así como también la responsabilidad de las personas jurídicas, tema que sin lugar a dudas presenta gran actualidad en el mundo por los grandes escándalos de sobornos y otras modalidades de corrupción en los cuales han estado involucradas grandes empresas.

En este aspecto, deben destacarse los esfuerzos que han hecho países como España para la penalización de los delitos cometidos por las personas jurídicas, modelo que está siendo analizado actualmente en toda Latinoamérica para buscar alternativas mediante las cuales evitar la impunidad de conductas como el soborno transnacional.

En el campo administrativo se estudiarán los mecanismos disponibles para establecer sistemas apropiados de contratación pública, pues es el sector de la administración en el cual se desvía una mayor cantidad de recursos.

Desafortunadamente, la contratación pública genera amplias oportunidades para la corrupción, por la magnitud del presupuesto que maneja y la complejidad de los sistemas económicos y jurídicos diseñados para regularla; no en vano los escándalos más grandes de corrupción en la actualidad se presentan en la construcción de obras, la prestación de servicios y las concesiones.

Por lo anterior, es necesario buscar un modelo en el cual se respeten los principios de transparencia, selección objetiva y economía en un marco que genere seguridad jurídica y garantías a las personas que participan en los procedimientos de selección de contratistas.

En el campo procesal, se analizarán los beneficios por la cooperación para combatir la corrupción, como las recompensas, el principio de oportunidad, el manejo de gastos reservados y las técnicas especiales de investigación.

En este aspecto debe destacarse que el sistema acusatorio implantado a través de la Ley 906 de 2004 en Colombia otorga muchos instrumentos para desarrollar estas finalidades contempladas en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en especial, la consagración del principio de oportunidad y de los preacuerdos y negociaciones como mecanismos para desvertebrar las organizaciones dedicadas a la corrupción.

También se analizarán las disposiciones legales y prácticas sobre protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes de delitos de corrupción en Colombia, pues sin la cooperación de los mismos es imposible luchar contra este fenómeno.

Por último, se establecerán las necesidades para fortalecer en la penalización y aplicación de la ley contra la corrupción y en la aplicación del mecanismo de evaluación.

No quiero dejar de destacar que este evento se realiza en un momento inmejorable, pues hace unos pocos días ha sido aprobado en cuarto debate un nuevo Estatuto Anticorrupción, que sin lugar a dudas establece una serie de medidas que mejoran los mecanismos de prevención y represión para la lucha contra la corrupción y que establecen temas novedosos para nuestra legislación.

La nueva Ley Anticorrupción contempla instrumentos fundamentales contra la corrupción como la regulación del lobby, el tratamiento de las personas políticamente expuestas, el establecimiento de sanciones para las personas jurídicas que participen en actos de corrupción, la penalización de la corrupción privada, el establecimiento de una regulación muy estricta frente a las interventorías, la

implantación de inhabilidades a las personas que financian campañas políticas y la vigilancia de los anticipos, entre otras medidas muy importantes para el país.

Por otro lado, quisiera destacar que en este evento contamos con la participación de todos los organismos encargados de la prevención y la lucha contra la corrupción en Colombia, lo cual sin lugar a dudas, enriquecerá el debate y generará propuestas contra este grave fenómeno que atenta contra las bases de toda la sociedad.

Agradecemos la participación como representantes del Gobierno Nacional en este evento del Ministerio del Interior y de Justicia, del Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, de la Superintendencia de Sociedades y de la Superintendencia Financiera.

También nos sentimos honrados de acoger a representantes de la rama judicial y de los organismos de control como la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Auditoría General de la República.

También contaremos con el apoyo y la participación en los paneles de discusión de la Policía Nacional, la Red Veedurías, la Cámara de Comercio de Bogotá, la Asociación Nacional de Empresarios, ANDI, la Asociación Nacional de Instituciones Financieras, ANIF, OCASA, la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero, UIAF, y la Revista Semana, a quienes les agradecemos su intervención en este evento.

A todos los invito a tener una participación activa en estos debates y a aprovechar esta oportunidad académica para tener una discusión sobre las principales problemáticas de tan grave fenómeno, que atenta contra las raíces más profundas de nuestro Estado social de Derecho.

La lucha contra la corrupción no debe ser una cruzada exclusiva de las instituciones públicas, pues sin la ayuda de la ciudadanía este fenómeno se regenera expansivamente, como un tumor maligno que ataca las células más vitales del tejido social.

Por esta razón, la Universidad del Rosario, como actor vivo de la sociedad civil y de la academia colombiana, nuevamente está comprometida con la defensa del Estado Social de Derecho y los invita a participar en esta constante lucha por nuestra democracia.

Muchas gracias.

**DESARROLLOS RECIENTES, INFORMACIÓN SOBRE
EL MECANISMO DE EXAMEN DE LA APLICACIÓN
DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
CONTRA LA CORRUPCIÓN (UNCAC) Y EL PAPEL
DE LOS EXPERTOS GUBERNAMENTALES**

SITUACIÓN ACTUAL DE LA UNCAC, METODOLOGÍA DE EXAMEN Y PRINCIPIOS RECTORES DEL MECANISMO DE EXAMEN

Dorothee Gottwald, Subdivisión de Lucha Contra la Corrupción y los Delitos Económicos de UNODC

El objetivo de la intervención de Dorothee Gottwald se centró en examinar la situación actual de la UNCAC, la metodología de examen y los principios rectores del mecanismo, así como la lista de verificación para autoevaluación y las consideraciones fundamentales sobre los compromisos para evaluar a otros países.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

- ◆ Metodología del Mecanismo de Examen
- ◆ Frente al problema de la corrupción el nivel de respuesta ha sido creciente:
- ◆ 8º Congreso sobre Prevención del Delito
- ◆ Resolución 51/191 de la Asamblea General. Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción
- ◆ Negociación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional
- ◆ Resolución 55/181 de la Asamblea General sobre Recuperación de activos
- ◆ Resolución 55/61 de la Asamblea General sobre el Establecimiento del Comité Especial
- ◆ Comité Especial (períodos de sesiones 1º a 7º)
- ◆ Resolución 58/4 de la Asamblea General sobre Aprobación de la Convención contra la Corrupción
- ◆ Convención de la OEA de 1996
- ◆ Convenio de la Unión Europea de 1997
- ◆ Convención de la OCDE de 1997
- ◆ Convenio del Consejo de Europa de 1999
- ◆ Convención de la UA de 2003
- ◆ Conferencia de Mérida en 2003, donde se firma la UNCAC

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC, busca prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; asegurar la cooperación internacional y la asistencia técnica, incluida la recuperación de activos y promover la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los agentes y los bienes públicos.

En el artículo 63 de la Convención se prevé también que el Secretario General convocará la **Conferencia de los Estados Parte** cuyas sesiones se han realizado en:

- ◆ I sesión, diciembre de 2006 en Jordania
- ◆ II sesión, enero de 2008 en Indonesia
- ◆ III sesión, noviembre de 2009 en Qatar
- ◆ IV sesión, en Marruecos en 2011
- ◆ V sesión, en Panamá en 2013

El **Grupo de Trabajo sobre el examen de aplicación**, fue establecido por la Conferencia en su I sesión para asesorarla sobre los mecanismos u órganos apropiados para examinar la aplicación de la Convención y acerca del mandato de esos mecanismos u órganos.

La Conferencia en su II sesión decidió que el Grupo de Trabajo preparara los Términos de Referencia de un mecanismo de examen. Los Términos de Referencia consolidados en 60 páginas, fueron presentados en septiembre de 2008.

Información adicional solicitada:

- ◆ Modelo básico para los informes sobre el examen del país.
- ◆ Orientación para los expertos participando en el proceso de examen.
- ◆ Estimación de la financiación.

La Conferencia en su III sesión negoció y aprobó los Términos de Referencia y aprobó provisionalmente las directrices y el modelo básico.

Documentos claves para el Mecanismo

- ◆ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- ◆ Resoluciones de la Conferencia de los Estados Partes (1/1, 1/2, 2/1, 3/1).

- ◆ Términos de referencia del Mecanismo de Examen.
- ◆ Directrices aplicables por los expertos gubernamentales y la Secretaría para la realización de los exámenes de los países, aprobadas en la III sesión de la Conferencia y ultimadas por el Grupo de Examen de la Aplicación (IRG).
- ◆ Modelo básico para los informes sobre el examen de los países y los resúmenes.
- ◆ Decisiones sobre el financiamiento.

Elementos principales de los Términos de referencia

- ◆ Examen entre pares.
- ◆ Sorteo al principio de cada ciclo.
- ◆ Una fase de examen = dos ciclos de cinco años de duración cada uno:
- ◆ Durante el primer ciclo: capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional).
 - ❖ Durante el segundo ciclo: capítulos II (Medidas preventivas) y V (Recuperación de activos).
 - ❖ Examen documental de la respuesta a la lista amplia de verificación.
- ◆ Fuentes de información y visitas al país.
- ◆ Resultado del proceso de examen (informe) y resumen.
- ◆ Papel de la Secretaría.
- ◆ Financiamiento.

Elementos principales de las Directrices

- ◆ Orientación general y concreta.
- ◆ Plazos indicativos.
- ◆ Orientación general: finalidad del proceso de examen, carácter confidencial, análisis independiente.
 - ❖ Orientación concreta.
- ◆ Modelo básico para los informes sobre el examen de los países y los resúmenes.

Puntos de debate:

- ◆ Revisión entre pares.
- ◆ Fuentes de información.
- ◆ Participación de la Sociedad Civil.
- ◆ Resultado del proceso de la revisión del Informe.
- ◆ Financiamiento.
- ◆ Revisión de la lista de auto evaluación por parte de expertos de estados pares y visitas *in situ*.

Actividades de apoyo al Mecanismo

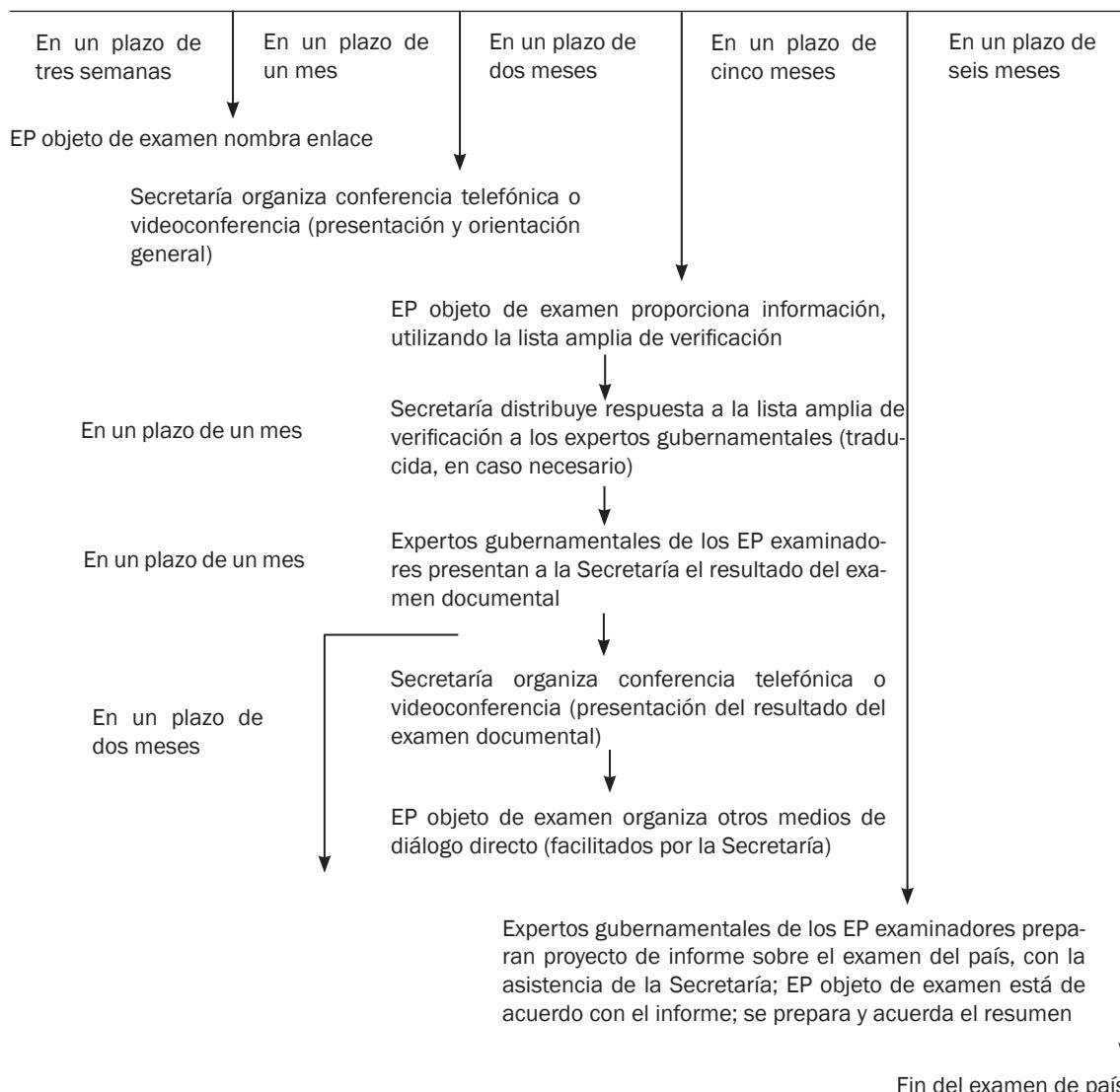
- ❖ Capacitación para enlaces y expertos gubernamentales.
- ❖ Cursos regionales organizados en cooperación con países huéspedes que participan en el primer año del mecanismo y otras organizaciones (PNUD):
 - ❖ Dakar, Senegal (África, WEOG, GRULAC).
 - ❖ Rabat, Marruecos (Región Árabe, Oriente Medio).
 - ❖ Ciudad de Panamá (GRULAC).
 - ❖ Moscú, Rusia (CIS).
 - ❖ Viena, Austria (Grupo de Europa Oriental, Asia, WEOG).
 - ❖ Jakarta, Indonesia (Asia).
 - ❖ Pretoria, Sur África (África).

Directrices aplicables por los expertos gubernamentales y la Secretaría para la realización de los exámenes de los países

PLAZOS INDICATIVOS DEL EXAMEN DE APLICACIÓN SEGÚN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DEL MECANISMO DE EXAMEN DE LA APLICACIÓN Y LAS DIRECTRICES APLICABLES POR LOS EXPERTOS GUBERNAMENTALES Y LA SECRETARÍA

Realización del sorteo

La Secretaría informa oficialmente al Estado parte objeto de examen y a los Estados parte examinadores del comienzo de la realización del examen del país



Modelo Básico para los informes sobre el examen de los países y los resúmenes

- ◆ Introducción (el gobierno puede presentar un panorama general sobre la situación política, económica y social del país, así como del estado de aplicación de las políticas de lucha contra la corrupción).
- ◆ Proceso (El gobierno puede describir el proceso de elaboración del examen, así como las fuentes de información usadas).
- ◆ Resumen (Resumen Ejecutivo del Examen).
- ◆ Aplicación de la Convención (Desarrollo del examen por parte del Estado respondiendo al formulario de autoevaluación del software Omnibus).

En el proceso de examen sobre la aplicación de la UNCAC corresponde a Colombia el análisis de los capítulos 3 (Penalización y aplicación de la Ley) y 4 (Cooperación Internacional).

En 2009 se realizó un programa piloto voluntario a nivel mundial en el que participó Colombia, como ejercicio base para diseñar el presente mecanismo de examen, en el que se incluye el componente de autoevaluación.

Colombia se encuentra en un proceso de autoevaluación en el primer ciclo. En la actualidad el gobierno nacional se encuentra en la etapa de recopilación de información. Se insta a mantener canales de comunicación abiertos, intercambio de información sobre la situación del examen y presentación de información suplementaria y actualizada a incluir en un aplicativo que recopilará toda la información de las diferentes entidades participantes durante el proceso.

Los grupos focales de trabajo entre entidades públicas serán precedidos por la Cancillería y el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción.

La vigencia de la información que se debe presentar en este examen se extiende a 2003, año de creación de la Convención. Pero si es necesario, se puede allegar información, legislación y jurisprudencia anterior.

Para este propósito se ha creado el aplicativo de autoevaluación Omnibus. Contiene preguntas específicas por temas y por módulos para incluir toda la información a recopilar por las entidades. Además, incluye para su consulta la Convención y otros documentos de interés.

EL PAPEL DE COLOMBIA EN EL MARCO DE LA UNCAC

Intervención de Mónica Rueda, Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción

El objetivo de esta intervención es explicar el papel de Colombia en el marco de la UNCAC; hacer un resumen de reportes de país y observaciones sobre rol de expertos gubernamentales en el mecanismo de examen y comentar la experiencia colombiana dentro del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

El cambio de ámbito en la lucha contra la corrupción: De lo local a lo multilateral

Hasta hace no mucho tiempo cada país consideraba la necesidad de tipificar las conductas corruptas y tomar las medidas que consideraba pertinentes. Sin embargo, en los últimos años algunos fenómenos trajeron consigo la importancia de abordar dicho asunto de manera internacional y multilateral, entre ellos:

- ◆ La globalización
- ◆ La comprensión del fenómeno de una manera más integral (dando atención a factores como pobreza y burocratismo).
- ◆ El reconocimiento de la importancia de la prevención y no solo de la sanción.
- ◆ El énfasis en mayor acceso a la información pública, rendición de cuentas y democracia participativa.
- ◆ La necesidad de involucrar todos los sectores: público – privado – sociedad civil.

¿Para qué los mecanismos internacionales de lucha contra la corrupción?

- ◆ Para fortalecer en cada Estado los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.
- ◆ Para potenciar la cooperación internacional en la investigación y sanción de los delitos de corrupción.
- ◆ Para lograr un desarrollo coordinado de medidas preventivas.

¿Cuáles son los principales mecanismos internacionales existentes para la lucha contra la corrupción?

- ❖ Naciones Unidas:
 - ❖ Convención de Palermo.
 - ❖ Convención contra la corrupción.
 - ❖ Convención Interamericana:
 - ❖ Es el primer mecanismo regional creado para luchar contra la corrupción.
- ❖ OCDE:
 - ❖ Convención contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales.
- ❖ Asia:
 - ❖ Plan de Acción contra la Corrupción en Asia y el Pacífico.
- ❖ África:
 - ❖ Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción.

Mecanismos internacionales para la lucha contra la corrupción en Colombia

- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) – OEA:
 - La Convención fue suscrita por Colombia el 29 de Marzo de 1996.
 - El Congreso expidió la Ley 412 de 1997.
 - La Corte Constitucional declaró su exequibilidad mediante la sentencia C - 397 de 1998.
 - Colombia depositó el instrumento de ratificación el 19 de enero de 1999.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) – ONU:
 - La Convención de Naciones Unidas fue suscrita por Colombia el 10 de diciembre de 2003.
 - El Congreso expidió la Ley 970 de 2005.
 - La Corte Constitucional mediante sentencia C-172 de 2006 declaró su constitucionalidad.
 - Colombia depositó el instrumento de ratificación el 27 de octubre de 2007.
- Decisión 668: Plan Andino Anticorrupción – CAN:
 - En el marco de la Comunidad Andina de Naciones los ministros de Relaciones Exteriores pertenecientes a la misma, adoptaron en junio de 2007 la decisión 668 o Plan Andino Anti-corrupción.

Pronunciamiento de la Corte Constitucional

En Colombia, la Sentencia C-397 de 1998 declaró la constitucionalidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción señala:

- El Estado Social de Derecho se construye a partir del reconocimiento del ser humano como sujeto autónomo, dotado de razón, cuya realización integral debe promover el Estado, garantizándole condiciones dignas para el desarrollo de sus potencialidades, condiciones que se anulan y diluyen en contextos en los que prevalezca el interés mezquino de quienes anteponen los suyos particulares a los de la sociedad.
- Las prácticas de corrupción desde luego son contrarias y nugatorias de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ellas se oponen a la realización efectiva de los mismos y las debilitan al punto de afectar gravemente el interés general.
- En todos los casos y sin importar la forma en que se mire, la corrupción agrava la desigualdad. Al producir ese efecto, siembra 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.

Mecanismo de seguimiento a la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción

El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) es un instrumento de carácter intergubernamental establecido en el marco de la OEA para apoyar a los Estados que son parte del mismo en la implementación de las disposiciones de la Convención, mediante un proceso de evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, en donde se formulan recomendaciones específicas con relación a las áreas en que existan vacíos o requieran mayores avances.

- Características:
 - El MESICIC se desarrolla en el marco de los propósitos y principios establecidos en la Carta de la OEA y observa principios tales como los de soberanía, no intervención e igualdad jurídica de los Estados.
 - Se caracteriza por la imparcialidad y objetividad en su operación y en las conclusiones a las que arriba y la ausencia de sanciones, todo lo cual garantiza tanto la seriedad del mismo como el hecho de que su objetivo no es calificar o clasificar a los Estados sino fortalecer la cooperación entre ellos en su lucha contra un enemigo común: la corrupción.

- Se busca además establecer un adecuado equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia en sus actividades, y si bien tiene un carácter intergubernamental, se ha previsto que pueda recibir opiniones de la sociedad civil.

➤ El MESICIC opera a través de:

- Rondas de análisis: Proceso de evaluación recíproca o mutua entre los Estados que lo integran, en el marco de “rondas” sucesivas.
- Participación de la sociedad civil: Las organizaciones de la sociedad civil participan en este proceso proveyendo información a la par de la suministrada por los respectivos Estados.
- Recomendaciones: Adopta informes nacionales en los cuales le formula a cada Estado recomendaciones específicas en relación con los vacíos o áreas que requieren avances para una cabal implementación de tales disposiciones.

Avances en la consolidación de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) – ONU:
- Mecanismo de seguimiento a la implementación de la Convención.
 - Lista de verificación.
 - Programa piloto.
- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) – OEA:
- Continuación con las rondas de análisis.
 - Mejoras en el proceso de análisis.
 - Desarrollo e implementación de recomendaciones.
- Decisión 668: Plan Andino Anticorrupción – CAN:
- Plan de acciones 2007-2008.
 - Plan de acciones 2008-2009.
 - Plan de acciones 2009-2010.
 - Plan de acciones 2010-2011.

Resultados

- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) – ONU:
- Participación en el proyecto piloto.

- Impulso a la adecuación de normatividad para cumplir con los estándares de la Convención (por ejemplo soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, soborno en el sector privado).
 - Articulación interinstitucional.
 - Avances en el proceso de revisión del estado de implementación de la Convención.
- Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) – OEA:
- Articulación interinstitucional, metodología de trabajo y generación de sinergias.
 - Promoción de cooperación horizontal (Méjico, El Salvador, Guatemala).
 - Seguimiento y promoción de implementación de recomendaciones.

Retos generales en el proceso de implementación de las convenciones

- ❖ Fortalecer la acción internacional contra la corrupción a través del efectivo cumplimiento de los compromisos que de ellas se derivan.
- ❖ Acción coordinada interinstitucional.
- ❖ Lograr la participación activa del sector privado en la lucha contra la corrupción que se da tanto en la relación público - privada como al interior del sector privado.
- ❖ Si bien hay que abordar el tema de la corrupción desde la perspectiva de las normas jurídicas, también se debe abordar la aplicación de las convenciones desde una perspectiva que permita identificar vacíos o deficiencias entre la norma y su aplicación, y proponer acciones de mejora.

EXPERIENCIA Y PERSPECTIVAS DESDE LA SOCIEDAD CIVIL FRENTE A LA CONVENCIÓN Y SU MECANISMO DE EXAMEN

Elisabeth Ungar Bleier, directora ejecutiva y María Angélica Sánchez coordinadora de Convenciones Internacionales. Corporación Transparencia por Colombia. Capítulo Colombia de Transparencia Internacional

El objetivo de esta intervención fue el de exponer la experiencia de la sociedad civil y las perspectivas frente a la Convención y su Mecanismo de Examen.

La Sociedad Civil y su papel en la Convención de la ONU

- ❖ UNCAC reconoce a la Sociedad Civil como pieza fundamental para que la Convención sea una realidad.
- ❖ Le confiere el rol de movilizadora de voluntades, de actor vigilante y de ejecutora de acciones de prevención.
- ❖ El trabajo de organizaciones como Transparencia por Colombia, está previsto en el Artículo 13 de la Convención referido a la *Participación de la Sociedad Civil*:
 - ❖ Cada Estado parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas.
 - ❖ Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda para la denuncia, incluso

anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.”

La Sociedad Civil y su participación en el proceso UNCAC

El trabajo de prevención y lucha contra la corrupción por parte de las organizaciones de la Sociedad Civil antecede a las Convenciones Internacionales. La experiencia de las organizaciones de la Sociedad Civil fue clave para la concepción y aprobación de UNCAC. Al respecto es importante mencionar su participación en el proceso de negociación y firma del mismo:

- Transparency International estuvo presente como observador en las negociaciones y presentó propuestas a los comités de redacción. Fue la única ONG con voz durante el proceso de redacción.
- El componente de prevención de la Convención recogió las lecciones aprendidas de los trabajos de Pactos de Integridad de Transparencia Internacional, estudios sobre casos de soborno y captura del Estado por parte del sector privado e investigaciones, encuestas e índices desarrollados por medios de comunicación, sociedad civil y organismos internacionales.

Sociedad Civil y su papel en la Convención de la ONU

- *Ratificación:*

El primer paso tras la firma de una convención es su ratificación por el Estado, lo que la convierte en un compromiso vinculante. Tras la apertura a firmas, Transparencia Internacional hizo un llamamiento a los gobiernos para acelerar los procesos de ratificación, y las organizaciones de sociedad civil de América jugaron un papel importante en este sentido, hasta conseguir que prácticamente todos los países del hemisferio sean miembros de la UNCAC. Para ello produjeron materiales de capacitación y realizaron campañas públicas.

- *Implementación:*

- El paso más importante para los Estados es plasmar las disposiciones de las convenciones en leyes y prácticas a nivel nacional. Esto implica interpretar los estándares de la convención, y ajustarlos a los marcos normativos y constitucionales nacionales.
- Las organizaciones ciudadanas monitorean el desempeño de los gobiernos. En América, Transparencia Internacional planea un proyecto para evaluar la brecha existente entre la convención y la legislación nacional, y hacer recomendaciones para la implementación de la UNCAC, apren-

diendo de la experiencia adquirida en el Mecanismo de la Convención de la OEA, en donde su trabajo de incidencia ha tenido gran influencia para generar cambios en el mecanismo de seguimiento.

➤ *Monitoreo de la Convención de la ONU:*

- La sociedad civil instó a la ONU para crear un proceso de monitoreo como parte de la convención. Transparencia Internacional presentó recomendaciones para el seguimiento de las convenciones anticorrupción. Finalmente se adoptó un mecanismo de revisión en el marco de la Conferencia de Estados Parte, en noviembre de 2009 en Doha.
- Transparencia Internacional también participó en las Conferencias de Estados Parte celebradas en Jordania en 2006, Bali en 2008 y Doha en 2009. Trabajó junto a organizaciones de todo el mundo en el marco de la Coalición de la Sociedad Civil para la UNCAC, para conseguir la adopción de un mecanismo de revisión de la convención que fuera inclusivo, público y efectivo.

La corrupción: un problema global requiere acción global de la sociedad civil

La Coalición UNCAC es una red global de 240 organizaciones de la Sociedad Civil en 100 países, comprometidas a promover la ratificación, implementación y monitoreo de la Convención.

➤ *¿Qué hacemos?*

La Coalición actúa conjuntamente para desarrollar posiciones comunes, facilita el intercambio de información entre sus miembros y apoya esfuerzos de organizaciones nacionales para promover la UNCAC. Es importante destacar:

- Entre 2006 y 2009 el primer objetivo de la Coalición fue asegurar un mecanismo efectivo, transparente y participativo para seguir el progreso de la UNCAC a través de reuniones nacionales e internacionales.
- Con la adopción de un mecanismo de seguimiento en noviembre de 2009, que empezó a desarrollarse en julio de 2010, se busca asegurar que miembros de la sociedad civil puedan contribuir al proceso de seguimiento y apoyarlos en la preparación de materiales de calidad. El otro objetivo es lograr que los gobiernos publiquen sus informes de progreso de implementación de la UNCAC.

La Coalición también se ha propuesto incidir en temas específicos:

- Acceso a la información, la recuperación de activos, la denuncia de irregularidades y la protección de activistas anti-corrupción.
- Miembros de la Coalición seguirán participando en las Conferencias de Estados Partes de la UNCAC (la próxima en Panamá en 2013) como observadores.

➤ *¿Por qué la acción conjunta es tan importante?*

- Sin presión de la sociedad civil, las promesas de los gobiernos sobre lucha contra la corrupción podrían ser sólo decorativas.
- Sin una acción global coordinada por un amplio espectro de grupos de la sociedad civil, la UNCAC podría no cumplir sus promesas.

Experiencia de Transparencia por Colombia frente a la Convención

Entre 2005 y 2006 Transparencia por Colombia, la Cooperación Alemana al Desarrollo GIZ, UNO-DC y la Vicepresidencia de la República participaron en el proyecto para difundir la UNCAC a partir de talleres de capacitación para representantes del sector privado, de las organizaciones sociales y funcionarios públicos.

También se realizó un estudio sobre la adaptación de la UNCAC a la legislación de Colombia (Cuaderno 11 de Transparencia por Colombia) y un inserto en el diario La República sobre medidas de la UNCAC para el sector privado.

Adicionalmente:

- ❖ En 2007, Transparencia por Colombia diligenció de forma paralela al gobierno nacional un *check list* voluntario sobre el estado en la implementación de la UNCAC en Colombia.
- ❖ Como miembro de la UNCACOALITION, Transparencia por Colombia envió, entre 2007 y 2010, diferentes comunicaciones al gobierno nacional para transmitir la necesidad de la adopción de mecanismos de seguimiento de la aplicación de la UNCAC en los Estados Parte.
- ❖ Transparencia por Colombia avanzó en el desarrollo e implementación de herramientas de evaluación, control social y ajuste institucional que incorporan los mandatos y estándares de las convenciones.

- ❖ El Índice de Transparencia de las entidades públicas evalúa entidades más allá de las normas colombianas, y eleva sus estándares en temas como acceso a información, empleo público y meritocracia.
- ❖ La Encuesta de prácticas contra el soborno en las empresas colombianas, el Índice de políticas y mecanismos de transparencia en empresas de servicios públicos y los acuerdos anticorrupción en sectores de negocios traen a la práctica los estándares internacionales para promover la transparencia y la autorregulación en el sector privado, asuntos que se desprenden de las convenciones, como los principios empresariales para combatir el soborno.

Principios PACI del Foro Económico Mundial

- ❖ En 2010, Transparencia por Colombia participó de la iniciativa “Cuenten lo que han hecho” de Access Info Europe y de Transparencia Internacional, solicitando información pública a las entidades gubernamentales sobre las medidas de implementación de la UNCAC en legislación y políticas públicas, y determinando si dicha información se hace pública cuando se solicita a las instituciones públicas.
- ❖ En 2010, Transparencia por Colombia instó al nuevo gobierno y al país a construir una política de Estado integral de lucha contra la corrupción, en la cual retomar como eje central las convenciones y los compromisos pendientes de Colombia.

Acciones de Transparencia por Colombia frente al mecanismo de examen UNCAC 2011 – 2012 para Colombia

El papel de Transparencia por Colombia frente al mecanismo de examen UNCAC se orienta a monitorear y promover la transparencia y mecanismos de participación del proceso de examen del Estado colombiano con el apoyo de UNODC y Transparencia Internacional. (Estas mismas acciones las realizarán organizaciones que hacen parte de UNCACOALITION en todo el mundo)

➤ **Sobre el proceso de examen:**

- Transparencia y entrega de información al público.
- Participación de las organizaciones de la Sociedad Civil y del sector privado.

➤ **Sobre el contenido del examen:**

- Acceso a la información sobre estadísticas e información de penalización de corrupción dentro de las entidades públicas.
- Implementación de las disposiciones de la Convención a través de leyes y normas.

- Cumplimiento en las políticas públicas y prácticas institucionales.

Sobre el proceso de examen

- Revisaremos si el Gobierno informa a los ciudadanos sobre el proceso, así como sobre los funcionarios y entidades involucradas.
- El acceso de Transparencia por Colombia al funcionario punto focal del Gobierno y a los expertos.
- Si organizaciones de la Sociedad Civil y sector privado serán consultados y los insumos y sugerencias son tenidos en cuenta.
- Sugerimos al Estado que acepte hacer pública su autoevaluación frente a los demás estados parte.
 - Ejemplos: Brasil y Estados Unidos.
- Acceso a la información sobre el proceso de diálogo y examen que se genere entre Colombia y los expertos de los países evaluadores.
- Participación de organizaciones de la Sociedad Civil y sector privado en visita *in situ* para presentar recomendaciones.
- Decisión del gobierno para publicar oficialmente el informe resultado de la evaluación.

| FORMATO OFICIAL DE LAS OSC ALREDEDOR DEL MUNDO PARA REGISTRAR LOS RESULTADOS DEL MONITOREO

Transparency of the government's Undertaking of the Review Process		
Did the government make public the contact information for the country focal point?	Yes/No	Comments
Was civil society consulted in the preparation of the self- assessment?	Yes/No If yes, who? (please circle) Acces to information groups Trade unions Academic networks Anti-corruption groups Othes (please list)	Comments
Was the self- assessment published on line or provided to the expert assessing? If so, by whom?	Yes/No	Comments Please enter the website if applicable
Did the government agree to a country visit?	Yes/No Yes/No	Comments
Was country visit undertaken?		
Was civil society invited to provide input to the official reviewers	Yes/No-Unknownun	Comments Please enter the form of input invited
Has the government committed to publishing the full country report		Comments Please enter the website if applicable and it was published by UNODC and/or country-

**EL MECANISMO DE EXAMEN DE APLICACIÓN
DE LA CONVENCIÓN: REVISIÓN SOBRE LAS
DISPOSICIONES SUSTANTIVAS BAJO EXAMEN
EN EL CAPÍTULO 3
(PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY)**

DISPOSICIONES RESPECTO A “PENALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY” EN LA CONVENCIÓN

Intervención de Dorothee Gottwald, Subdivisión de Lucha Contra la Corrupción y los Delitos Económicos, UNODC.

En esta intervención se presenta una sinopsis de las disposiciones respecto a “Penalización y aplicación de la ley” en la Convención, así como una revisión y explicación de artículos específicos y una simulación del OMNIBUS Survey Software.

Resumen de los requisitos de la Convención (capítulos III y IV)

Los requisitos de la Convención son de tres tipos:

- Requisitos obligatorios
- Requisitos facultativos
- Medidas facultativas

Expresiones utilizadas para requisitos principales:

- **Requisitos obligatorios** (obligaciones de legislar o adoptar medidas de otro índole): “cada Estado Parte **adoptará**”:
- **Requisitos facultativos:** (obligación de considerar): “cada Estado Parte **considerará** la posibilidad de adoptar” o “**procurará**” (insta a los Estados a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico).
 - **Medidas facultativas:** (disposiciones que los Estados Parte tal vez deseen aplicar): “cada Estado Parte **podrá adoptar**”.

Expresiones para requisitos principales:

- **Cláusulas de salvaguardia** en caso de que existan normas constitucionales o fundamentales en conflicto con esas obligaciones:

- “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 20);
- “con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico” (artículo 23, párrafo 1(b));
- “en consonancia con sus principios jurídicos” (artículo 26);
- “de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales” (artículo 30, párrafo 2);
- “en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 30, párrafos 6, 7);
- “en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos (artículo 31, párrafo 8);
- “Los Estados parte cuya legislación lo permita” (artículo 44, párrafo 4);
- “A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición” (artículo 44, párrafo 10);
- “si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho” (artículo 44, párrafo 13);
- “en la medida en que ello no lo contravenga al derecho interno del Estado parte requerido” (artículo 46, párrafo 17);
- “en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno (artículo 50, párrafo 1).

➤ **Penalización: Cada Estado Parte adoptará “las medidas legislativas y de otra índole”:**

- Referencia a “medidas de otra índole” no requiere o permite la penalización sin ley (“nulla poena sine lege”).
- “Medidas de otra índole” son medidas adicionales y complementarias y presuponen la existencia de legislación

Capítulo III: Penalización y aplicación de la ley

- Cinco actos que deben tipificarse como delitos (requisitos obligatorios)
- Soborno de funcionarios públicos nacionales (art.15).
 - Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art.16).
 - Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art.17).

- Blanqueo del producto del delito (art.23).
 - Obstrucción de la Justicia (art.25).
- Otros seis delitos para tipificar (requisitos facultativos)
- Soborno pasivo de funcionario público extranjero. (art.16).
 - Tráfico de influencias (art.18).
 - Abuso de funciones (art.19).
 - Enriquecimiento ilícito (art.20).
 - Soborno en el sector privado (art.21).
 - Malversación o peculado en el sector privado (art.22).

A pesar de su denominación, los delitos facultativos se consideraran necesarios por las siguientes razones:

- Algunos Estados Parte ya los pueden haber establecido, o
- Algunos Estados Parte pueden considerarles útiles en la lucha contra la corrupción, pero otros no pueden adoptar las mismas medidas, muchas veces por sus principios constitucionales (igual lógica como en el caso de las cláusula de salvaguardia).

Requisitos de la aplicación de la Convención

- Artículo 65, párrafo 2: “Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción”.
- UNCAC *Travaux Préparatoires*, nota interpretativa (capítulo III): “Se reconoce que los Estados Parte pueden tipificar como delito o ya tienen tipificado como delito otro comportamiento que los delitos contenidos en el el capítulo III como comportamiento corrupto”.

**PRINCIPALES BENEFICIOS POR
LA COOPERACIÓN PARA CON LAS
AUTORIDADES ENCARGADAS DE COMBATIR
LA CORRUPCIÓN: RECOMPENSAS,
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MANEJO
DE GASTOS RESERVADOS**

PRINCIPALES BENEFICIOS POR LA COOPERACIÓN PARA CON LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE COMBATIR LA CORRUPCIÓN: RECOMPENSAS, PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y MANEJO DE GASTOS RESERVADOS

Presenta UNODC. Área de Justicia y Seguridad

El objetivo de esta parte es la revisión de requisitos sustanciales contenidos en la legislación nacional para la cooperación entre los organismos nacionales para penalización y aplicación de la ley en materia de corrupción, así como entre organismos nacionales y el sector privado.

Aplicación del Principio de Oportunidad

Intervención de Mauricio Vanegas, abogado con especialización en Derecho Penal de Université Pantheon – Assas Paris II, maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales de la misma Universidad. Profesor de Planta, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

Los crímenes de corrupción tienen que tener incidencia local para que tengan alcance global. El artículo 37 de la Convención es uno de los más importantes de conocer y entender debido a las garantías que da para el trabajo con otros gobiernos.

¿Cuál es la incidencia en nuestra legislación procesal interna, cuáles con los mecanismos, y cuál es la proyección de los mecanismos en cumplimiento del artículo 37 sobre aplicación del principio de oportunidad y protección a víctimas y testigos?

SOBRE EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

- ◆ La aplicación del Principio de Oportunidad se conoce como la facultad de no adelantar un proceso penal contra alguien.
- ◆ La balanza está entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, y al tiempo, entre la

eficacia y la impunidad. Sin que signifique que el Principio de Oportunidad sea relacionado directamente con la impunidad.

- ❖ Con la reforma al Código de Procedimiento Penal que tuvo lugar hace cinco años, se incluyó el Principio de Oportunidad (proveniente del derecho anglosajón). Los juristas anglosajones son más prácticos y consideran normal abandonar e interrumpir la acción penal en función de la eficiencia del sistema. Para los más ortodoxos, no es correcto renunciar la acción penal. Hasta 2010 en Colombia, sin excepción, se aplicaba el Principio de Legalidad en el cual el juez está obligado en todo momento a ejercer la acción penal. Con el nuevo sistema procesal penal se introdujo el principio de oportunidad, que permite renunciar a la acción penal.
- ❖ En ciertos casos el titular de la acción penal puede disponer del Principio de Oportunidad. Ahora bien, la aplicación de este principio no es ilimitada (como sucede en el *Common Law*) ni arbitraria. Es una facultad privativa reglada a cargo de la Fiscalía General de la Nación, para investigar o no determinadas conductas. Se relaciona con el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, que modificó el artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Las causales de aplicación del Principio de Oportunidad contenidas en este artículo es una manera de mostrar que la aplicación de este no es un sinónimo de impunidad.
- ❖ El Principio de Oportunidad es una facultad constitucional de la Fiscalía General de la Nación y su aplicación está sometido a control de legalidad ante el juez de garantías.
- ❖ ¿Cómo se aplica frente a delitos de corrupción? El nuevo Estatuto Anticorrupción abre la puerta para que se pueda aplicar en los delitos de cohecho propio, improPIO, o por dar u ofrecer. Se debe tener en cuenta la reparación a las víctimas: Se tiene que resarcir voluntariamente e integralmente el daño causado.
- ❖ Los efectos de aplicación del principio se revocan si la persona no cumple con las obligaciones impuestas por el principio.
- ❖ Tres elementos constitutivos del Principio de Oportunidad: 1) Denuncia, 2) reparación, 3) testigo otros casos.
- ❖ Este principio tiene control automático de legalidad (por parte del juez de control de garantías) y restitución del derecho a las víctimas (beneficio)
- ❖ El Principio de Oportunidad se aplicaría a los servidores públicos si estos denuncian primero el delito. Esta norma trata de revivir el artículo 43 de la Ley 190 de 1995 (antiguo Estatuto Antico-

rrupción). La Corte Constitucional en la sentencia C 409 de 2006 declaró inexequible el artículo 43 de la Ley 190. La Corte interpretó que la persona que denunciaba se beneficiaba de la extinción de la acción penal, y esto en consecuencia generaba impunidad. Este artículo también contenía otras fallas como la ausencia de la obligación para los funcionarios involucrados en la comisión de cohecho de restituir lo que había recibido legalmente. Si bien la Ley 190 de 1995 (antiguo Estatuto Anticorrupción) fue un paso importante en la lucha contra la corrupción adolecía de problemas evidentes:

- ❖ Permitía la extinción de la acción legal si se denunciaba
 - ❖ No analizaba la eficiencia del Principio de Oportunidad
 - ❖ No fue analizada la política criminal
 - ❖ Se pensó en relación con la impunidad
-
- ◆ Con referencia al numeral 18 que complementará el artículo 342 del Código Penal en el proyecto del Estatuto Anticorrupción: en casos de cohecho el dinero “robado” debería ser reintegrado. Sin embargo en delitos de corrupción es casi imposible establecer el monto exacto a reparar. Incluso es difícil establecer las víctimas a quienes hay que reparar. Los funcionarios opinan que el cohecho es un delito muy difícil de comprobar, entre otras cosas porque depende del testimonio y media la voluntad de dos personas.
 - ◆ Con referencia a la Ley 3884 de 2009 - 6657/6658 sobre política criminal
 - ◆ El Principio de Legalidad supone la retribución del delito (inherente). No es un principio de represión, es un elemento orientador.
 - ◆ ¿La acción penal es la única que resuelve el delito? No. Sobre este tema ha habido debates amplios sobre qué es lo que demanda la sociedad. El dilema está en cómo hacer entender que la balanza entre la eficiencia e impunidad no se altera por el Principio de Oportunidad.
 - ◆ ¿Cuál es el fundamento para que este principio se aplique solo al cohecho? En 1995 el cohecho era el delito más conocido. ¿Pero hoy porque no se va mas allá? ¿Qué pasa con la celebración indebida de contratos? ¿Será que se puede aplicar en otros delitos el artículo 324? Se debería incorporar a nuevos delitos, pero se tendría que mejorar sustancialmente el Estatuto.
 - ◆ ¿Qué pasa si la persona que debe restituir se declara en quiebra y no puede? Para la recta administración de justicia, ¿qué nos interesa como reparación? Lo que interesa es la devolución del dinero. Pero ¿cómo se repara cuando la dádiva fue la entrega de un cargo público, o el voto por una reforma constitucional?

- ❖ El reto está en que el Principio de Oportunidad no se use como un comodín político, pues si pierde peso, lleva a la impunidad.

Los asistentes comentaron así la intervención:

- ❖ El Principio de Oportunidad se relaciona con impunidad porque ha sido poco analizada la relación entre la legalidad y la oportunidad. El principio es inaplicable, hay normas mucho más amplias, como el numeral 5 del artículo 324 con todo lo referente a inmunidad.
- ❖ Lo más importante para la sociedad no es la retribución económica sino la verdad. La política criminal termina siendo más importante.
- ❖ La reparación no es suficiente. Lo importante para la reparación del daño moral es la aplicación de la pena. Normalmente la norma penal escapa al juicio de valores, que es de gran importancia para la sociedad. El análisis sobre esta relación va más allá, pues es un tema de Estado y de la formación de cultura ciudadana. La norma penal fue desarrollada por una noción vengativa y no correctiva o preventiva. Hoy pareciera que interesa más a nuestra sociedad “mandar a la cárcel” que generar las condiciones para prevenir que los delitos de corrupción sigan cometiéndose.
- ❖ El Proceso 8.000 no se descubrió con el Principio de Oportunidad. Este no ha sido la panacea de los descubrimientos en hechos de corrupción. El Principio de Oportunidad es diferente a beneficios por colaboración con la justicia, al final este último fue más efectivo. Si se aplica mal este principio se puede injuriar la reparación de las víctimas y ahí es cuando se relaciona con inmunidad. Es casi imposible cuantificar los daños causados por la corrupción. El Principio de Oportunidad está relacionado con la importancia de retribuir a las víctimas.
- ❖ Para cierta parte de la sociedad más que el dinero, lo importante es el esclarecimiento de la verdad, porque así se pueden develar los intereses políticos e ilegales que están en juego.
- ❖ El Principio de Oportunidad va de la mano con la retribución y con otros elementos como la prevención positiva de la pena. El derecho penal no debe ser tomado como represión exclusivamente, pues priman los derechos fundamentales del acusado y la norma penal se convierte en un elemento orientador.
- ❖ Para el caso colombiano: ¿Será la norma penal el único elemento que permite generar una prevención del delito? Definitivamente se deben integrar otros tipos de cuestiones como el control social y el fortalecimiento del derecho administrativo. El derecho penal no puede asumir toda la responsabilidad de la lucha contra la corrupción.

- ◆ La Constitución de 1991 y la Ley 81 de 1993 contemplaron beneficios por colaboración con la justicia, lo cual permitió adelantar investigaciones exitosas, con mayores mecanismos, sin dejar de aplicar la pena. Pero la reforma del año 2000 al sistema de justicia modificó el funcionamiento de la colaboración con la justicia. Hoy, si alguien colabora con la justicia, se tiene que renunciar a investigarlo.
- ◆ Se debe dejar madurar la aplicación del principio para evitar que pueda perjudicar a las víctimas y que la opinión pública perciba impunidad. El Principio de Oportunidad se lleva aplicando sólo cinco años y para delitos de corrupción hasta ahora (2011) está siendo incluido con la puesta en marcha del Estatuto Anticorrupción.
- ◆ Sería importante a mediano plazo emprender una evaluación sobre la aplicación del mecanismo del Principio de Oportunidad en casos de corrupción, y de esta manera, poder establecer si el mandato de la UNCAC frente a la correcta penalización del cohecho está siendo aplicado en Colombia por medio de esta herramienta.
- ◆ Sería importante que en una próxima reforma al sistema penal acusatorio se piense en cambiar los beneficios de colaboración de la justicia, paralelo a la aplicación del Principio de Oportunidad.

**PENALIZACIÓN EN COLOMBIA DEL ABUSO
DE FUNCIONES, EL ENRIQUECIMIENTO
ILÍCITO, LA PARTICIPACIÓN, TENTATIVA Y
ENCUBRIMIENTO DE ACTOS DE CORRUPCIÓN**

EL PROCESO DISCIPLINARIO

Intervención de Paula Ramírez Barbosa, asesora del despacho del Procurador General de la Nación

El objetivo de esta parte es hacer una revisión de los requisitos sustanciales contenidos en la legislación nacional para penalización y aplicación de la ley en materia de abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, participación, tentativa y encubrimiento de actos de corrupción.

- ◆ A través del derecho disciplinario, a la Procuraduría le corresponde cumplir con la aplicación de la Convención UNCAC. Es un derecho de aplicación inmediata centrado en la función preventiva - correctiva, lo que hace que los procesos disciplinarios sean más expeditos.
- ◆ La sanción disciplinaria como función preventiva debe garantizar el funcionamiento de la función pública (referencia al artículo 16 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 y referencia al documento “Justicia disciplinaria” 2009 del Procurador General de la Nación).
- ◆ En derecho disciplinario, el incumplimiento funcional supone el incumplimiento de funciones públicas: 1) destinado al funcionario o persona con relación a lo público - Imputación con la administración pública; 2) se aparta del derecho penal en el artículo 28 del CUD; 3) referencia al artículo 6 sobre las reglas del debido proceso.
- ◆ Devido proceso: una persona puede ser juzgada en varios procesos por el mismo delito - concurrencia: 1) hecho; 2) Sujeto; 3) fundamento.
- ◆ El proceso disciplinario debe adecuarse al debido proceso (Cumplimiento de todo el Bloque de Constitucionalidad de Tratados Internacionales). Frente a la dimensión eminentemente disciplinaria, se aplica el principio de *Nom bis in idem*, el cual significa que una persona pueda tener varias investigaciones al mismo tiempo. La Sentencia 720 de 2006 señaló que no había violación a este principio cuando se investiga a una persona por procesos disciplinarios y penales al mismo tiempo.

- ◆ Sujeción especial: relacionado con los servidores públicos, no se incurre en concurrencia de fundamento. El servidor público está obligado a cumplir normas, so pena de responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria.
- ◆ Faltas dolosas/culposas: no es fácil probar la intención en los delitos relacionados con corrupción para tener penas más ejemplarizantes.
- ◆ Causales de ausencia de responsabilidad: 1) por orden de un superior 2) para proteger un derecho superior
- ◆ Enriquecimiento ilícito: menciona el artículo 48, numeral 8 del Código Único Disciplinario, el artículo 41 numeral 1.
- ◆ Enriquecimiento ilícito: la pena es de más de 10 años - Ejemplo: Alirio Villamizar fue suspendido por 15 años aplicando el artículo 48 Código Disciplinario Único.
- ◆ Referencia a las sentencias C124 de 2003, y C 720 de 2006: posibilidad de la Procuraduría de investigar delitos de este tipo.
- ◆ En derecho disciplinario: 1) no opera la tentativa del delito (art 29 CUD) porque no juzga el valor del resultado, sino el desvalor de la acción.
- ◆ Al tiempo, no existe diferencia entre autores y cómplices participantes. Artículo 26, CUD. Autor directo y autor indirecto son responsables disciplinariamente.
- ◆ Un delito como el enriquecimiento ilícito no solo se puede sancionar por el derecho penal, sino también mediante el disciplinario. La sentencia C 948 de 2002 declaró exequible esta competencia. El incumplimiento del deber funcional supone el incumplimiento de los deberes que han sido encomendados a los servidores públicos, y por tanto la Procuraduría debe intervenir. Incluso, esta reflexión aplica a los particulares que manejan recursos públicos.
- ◆ Para la aplicación de una sanción se debe comprobar la comisión de un ilícito sustancial, si afectó la administración pública, si fue por una acción u omisión, y si logra mencionar el nexo entre acción y resultado.

TIPOS DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y CÓMO SON ABORDADOS POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Intervención de Carlos Castañeda Crespo, Fiscal 17, Fiscalía General de la Nación

- ◆ Cuando se estudia la norma penal se refiere a sujetos activos determinados.
- ◆ En los delitos contra la administración pública, el servidor público es sujeto activo. Referencia al artículo 6 de la Constitución Política. El servidor público como garante de la función pública
- ◆ Los hechos punibles son hechos jurídicos ilícitos.
- ◆ Delitos contra la administración pública:
 - Abuso de funciones:* hay varios tipos. Referencia al artículo 19 y 27 de UNCAC sobre abuso de funciones. Se afirma que la responsabilidad está en cabeza del legislador colombiano cuando dice “Cada Estado Parte considerará las medidas legislativas”
 - a. Artículo 41 del Código Penal - Abuso de autoridad, acto arbitrario. Solo lo comete un servidor público, pero en segunda instancia otros.
 - Forma de participación: Autor, coautor, partícipe, cómplice e interviniente.
 - Sentencias: Sentencia 17252 de 2004. Co-autoría impropia. Quienes son los coautores (conocimiento y voluntad en la acción). Sentencia 12742 de 2003. Principio de la solidaridad, cómplice, comisión por omisión. Esto se ha ampliado en los últimos días.
 - Art 6 del Código Penal: los particulares deben cumplir la ley. Y en el tema de omisión (peculado, acción y omisión)
 - b. Artículo 250 del Código Penal: abuso de confianza.
- ◆ *Enriquecimiento ilícito:* es un delito muy difícil de probar en el tema penal, pues no se cuenta con las herramientas y pruebas para demostrar el incremento patrimonial. Rara vez se puede rastrear

este delito a través de los gastos que realice un involucrado, pues simplemente estos no son registrados, y por tanto el servidor público no va a registrar un incremento en su patrimonio. En consecuencia, obtener la carga probatoria para procesos como estos es muy difícil.

Cuando se les han hecho imputaciones a los funcionarios por este delito, la respuesta recurrente de los acusados es que no se han enriquecido y que no hubo incremento patrimonial, y por esta vía tratan de demostrar que no hubo detrimento patrimonial del Estado. Lo que se busca determinar en este caso es que la persona si logró que un tercero se enriqueciera, así sea por omisión. En estas circunstancias se procede a imputar como sujeto activo del hecho penal.

Colombia es de los pocos países que tiene tipificado el delito de enriquecimiento ilícito.

- ◆ Uno de los problemas que existen para exonerar a la autoridad de la responsabilidad, es que las "cabezas" o directivos actúan a través de delegación, no solo para desconcentrar la administración (de acuerdo con el mandato legal), sino en ocasiones para librarse de la responsabilidad. En el fenómeno de la delegación de funciones se trata de exonerar la responsabilidad, aunque la legislación y la doctrina han afirmado la no exoneración de responsabilidad. La presunción de inocencia cobra aquí relevancia.

La delegación de funciones no exime de responsabilidades: rara vez por peculado o delitos de servidores públicos se encuentra un incremento patrimonial del acusado.

Otros problemas que presenta: 1) la carga probatoria de la Fiscalía es difícil y grande; 2) más difícil aun cuando el acusado alega su trabajo social, su trayectoria social y política, la representación y escogencia popular, por votos y apoyo de los ciudadanos; 3) pruebas sin flagrancia 4) cada prueba iniciaría más folios escritos que no logran plasmar la realidad total del delito; 5) falta de pruebas tacitas y reales.

- ◆ Otro elemento clave a tener en cuenta es que en los delitos contra la administración pública en pocas ocasiones hay flagrancia. En el delito de peculado no porque siempre existe una justificación (por ejemplo se alega el desarrollo de la gestión administrativa).
- ◆ Para procesar delitos como la celebración indebida de contratos, tiene que existir el contrato estatal que no cumple con lo establecido en la ley y así generar responsabilidad penal inmediatamente. Se debe demostrar que los principios de la Ley 80 de Contratación, así como los principios básicos de la función administrativa (Ley 489) fueron violados.
- ◆ Sentencia C 12742 de 2003 ratifica la competencia de la Procuraduría para investigar particulares por afectación de bienes públicos. En el caso de los particulares que prestan servicios públicos,

estos argumentan que no les aplica la Ley 80. Sin embargo, cuando la prestación de servicios públicos implica la ampliación de redes, por ejemplo, se convierte de inmediato en un contrato de obra pública, y por tanto, se regula por la Ley 80.

- ❖ Un ejemplo de corrupción administrativa fue el caso de las ESE (Empresas Sociales del Estado) que alegaban contrataciones especiales, y usaron la contratación directa sin acudir a la Ley 80; alegaron la posibilidad de adelantar los procesos por contratación civil/comercial en el marco del Decreto 1150. Todas las ESE fueron liquidadas por hechos de corrupción. El problema más complejo es que solo se dio la figura de intervención después de que hubo detrimento patrimonial del Estado; el dinero se perdió y cerraron muchos hospitales públicos.
- ❖ Propuesta de reforma: La Fiscalía General de la Nación debe buscar la forma de “dar la vuelta” a la carga de la prueba, como sucede en España. Hay una dicotomía en la aplicación: en Bogotá existen recursos para la administración de justicia, pero en los municipios y provincias los jueces terminan otorgándole la razón a la defensa, ya que no logra recopilar la suficiente carga probatoria. Invertir la carga de la prueba debería ser parte de la política criminal. Los legisladores no han tenido la voluntad de promover una reforma de este estilo, pero siempre han tenido detractores pues su aplicación tendría efectos muy fuertes en procesos contra miembros de la clase política. La tendencia de la inversión de la prueba se está dando a nivel internacional para perseguir el crimen organizado y para los casos que el delito haya causado un daño al Estado.



**MECANISMOS DISPONIBLES PARA
ESTABLECER SISTEMAS APROPIADOS
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

COMBATIENDO LA CORRUPCIÓN MEDIANTE LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: ATACANDO LA COLUSIÓN EN LICITACIONES¹

Intervención de Pablo Márquez, superintendente delegado para la Protección de la Competencia,
Superintendencia de Industria y Comercio

El objetivo de este panel apunta a la revisión sobre los mecanismos de control en la contratación pública y la identificación de necesidades en la materia.

Atacar la colusión en las licitaciones públicas es la prioridad para la Superintendencia de Industria y Comercio en la contratación estatal. Lo más común es enfrentarse a los carteles en la contratación pública.

¿Qué es un cartel en términos de contratación pública?

Es un acuerdo entre agentes del sector privado que tiene como fin no competir. El resultado esperado de los miembros de un cartel no es otro que incrementar sus utilidades mediante el control del mercado. Todo cartel es, por definición, una expresión de la corrupción, siendo el “doliente” principal el consumidor. Otro tipo de carteles tienen como víctima al Estado, principalmente en compras públicas.²

¿Qué es la colusión en las compras públicas?

El hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero de tal forma que se elimine toda competencia entre ellos y/o se excluya a otros concurrentes.

Colusión y corrupción

En la Segunda encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno de Transparencia por Colombia,³ el 55% de los empresarios señalaron que la principal motivación para ofrecer un soborno a funcionarios

¹ Hace referencia al documento: Combatir la colisión de licitaciones que se encuentra en la página web de la superintendencia, y se basa la primera parte de la presentación.

² http://www.youtube.com/watch?v=M_G8DSL78-M&feature=player_embedded

³ Colección Cuadernos de Transparencia, No 19 Segunda encuesta Nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas -Resultados-. Noviembre de 2010.

públicos es la percepción de que los trámites y procedimientos son engorrosos y complejos. 46% de los encuestados señalan que el soborno ocurre porque existe un requerimiento en ese sentido, directo o indirecto, por parte de funcionarios públicos a cambio de facilitar alguna acción en favor de la empresa.” 61% de los encuestados percibe que si no se acude al pago de sobornos se pierden negocios.

Impacto de la colusión en el mundo⁴

Se estima que en Colombia, en promedio, el 10% del gasto en contratación pública se desperdicia en corrupción y soborno. En Chile en 2009, se estimaba que el Estado perdía al año aproximadamente US\$ 40 millones por sobreprecios pagados en sus procesos de compra, los que se explican por casos de colusión.

El caso del sector farmacéutico en México⁵

Eli Lilly, Laboratorios Cryopharma y otras cuatro empresas farmacéuticas fueron multadas por la Comisión Federal de Competencia (CFC) con más de 150 millones de pesos por encarecer medicamentos e incurrir en prácticas monopólicas para ganar licitaciones. La conducta imputada a los laboratorios fue coordinar sus posturas en las licitaciones públicas convocadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), con el efecto de eliminar la competencia entre ellas y obligar al instituto a pagar precios exagerados por los medicamentos que requiere para tratar a sus derechohabientes.

Eli Lilly y Compañía México, Laboratorios Cryopharma, Probiomed y Laboratorios Pisa “conspiraron de 2003 a 2006 para eliminar la competencia en las licitaciones de insulina humana, por lo que la CFC estableció una multa de 21.5 millones de pesos a cada una de las empresas. Este monto corresponde al tope establecido en la Ley Federal de Competencia Económica, LFCE, previa a las reformas de 2006, que resultó aplicable en este caso. La comisión sancionó además a Laboratorios Pisa, Fresenius Kabi y Baxter por una coordinación ilegal en las licitaciones de suero inyectable en el periodo de 2003 a 2006. En ese caso la sanción también fue de 21.5 millones. “Este caso es tal vez la mejor muestra del daño que hacen las prácticas monopólicas a los consumidores.

Las empresas sancionadas habían conspirado, por años, para encarecer artificialmente medicamentos de primera necesidad. Por ello, la CFC aplicó la multa máxima que le permite la Ley”. En ambos casos las empresas se alternaban para ganar los concursos de venta al IMSS, y la triunfadora

⁴ **Fuentes:** <http://www.transparenciacolombia.org.co/CONTRATACION/tabid/68/Default.aspx>

http://www.df.cl/fne-arremete-con-manual-para-detectar-colusion-en-licitaciones-publicas/prontus_df/2011-04-19/215154.html

<http://www.rtve.es/noticias/20110207/irregularidades-llicitaciones-publicas-cuestan-3000-millones-anuales-erario-publico/402116.shtml>

⁵ **Fuente:** <http://www.cnnespancion.com/negocios/2010/02/23/la-cfc-multa-con-150-mdp-a-farmaceuticas>

hacía una cotización artificialmente alta, pero con la seguridad de que los competidores presentarían precios más elevados. Además de las empresas, la CFC sancionó a las personas que participaron directamente en este delito, por cuenta y orden de sus empleadores, por lo que los agentes económicos tienen derecho a interponer un recurso de consideración ante la dependencia.

Reestructuración de inmuebles de carácter cultural en Francia

En la Alta Normandía surgió un conjunto de preocupaciones alrededor del proceso de ofertas de la Dirección Regional de Asuntos Culturales (DRAC), en marzo de 2001. La autoridad de competencia francesa adelantó una investigación sobre las prácticas de administración del sector de la restauración de tres regiones: Haute Normandie, Basse-Normandie y Picardía. Como resultado, se encontró que las catorce empresas participantes en el mercado de restauración de bienes inmuebles de carácter cultural en dichas regiones habían concertado la repartición de todos los mercados públicos en el sector de la restauración.

La autoridad impuso multas por 10 millones de euros. Las técnicas de investigación usadas por la autoridad incluyeron la interceptación telefónica y el allanamiento de las oficinas para la obtención de documentos individuales. La autoridad encontró que las empresas desarrollaban reuniones “donde las empresas consultaban el plan anual preparado por la Dirección Regional de Asuntos Culturales (DRAC) y subsecuentemente se dividían el mercado de restauración de edificios”. Conforme con el caso, la división regional estuvo dada por la cercanía geográfica del proyecto y la base de operaciones de la compañía, trabajando entonces en los mismos edificios, limitando costos pero inflando sus tarifas.

La comisión francesa también encontró que las empresas presentaban propuestas en regiones alejadas con el fin de inflar los números. La autoridad de competencia impuso una multa por € 9,803,950 como resultado de la gravedad del asunto, de la duración y tradición del cartel, el rango de daño a la economía y la duración de cada compañía como participante en el cartel. Hubo reducción en la multa de un 10 y 20% para tres participantes: Pradeau Morin, Lanfry y Coeffecient, ya que no disputaron las objeciones e implementaron un compromiso de prevenir las prácticas descritas.

El sector constructor en Inglaterra

Un total de 103 firmas constructoras fueron multadas por conducta colusiva, por un total de £129.2 millones, por coludir en licitaciones de contratos. La investigación concluyó que las firmas participaron en acuerdos colusorios anticompetitivos ilegales en 199 negocios entre 2000 y 2006, principalmente en la forma de “precios encubiertos”.

La modalidad de precios encubiertos se entiende como aquella conducta en virtud de la cual uno o más participantes en un proceso licitatorio proponen un precio artificialmente más alto que el de otro competidor para no ganar el negocio, a pesar de ser presentado como una oferta genuina, lo cual engaña a los clientes sobre la extensión real de la competencia. Esto distorsiona el proceso licitatorio y hace que sea menos posible que otras firmas, potencialmente más baratas, sean invitadas a licitar.

En once licitaciones, el menor oferente no se enfrentó con competencia genuina porque todas las ofertas fueron encubiertas, lo cual resulta en que se incremente el riesgo de que el cliente pague un precio más alto. La Oficina de Competencia también encontró que en seis instancias la entidad a quien le fue adjudicado el contrato pagó una suma acordada de dinero a los participantes vencidos (pago de compensación). Estos pagos, que variaban entre £2,500 y £60,000, se efectuaban mediante la expedición de falsos recibos.

La infracción a las normas de competencia afectó proyectos de construcción que costaron £200 millones por encima de lo real, incluyendo colegios, universidades, hospitales y numerosos proyectos privados de construcción que incluían edificios de apartamentos y restauración de vivienda. 86 de las 103 firmas obtuvieron reducción de las multas impuestas tras aceptar su participación en acuerdos colusorios, previo a la decisión.

Elementos de la conducta

La conducta descrita se configurará cuando concurran los siguientes supuestos fácticos: la existencia de un acuerdo; que el mencionado acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos; que el acuerdo tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Modalidades de colusión

- Durante la elaboración de los pliegos de condiciones: intercambio de información entre funcionarios y futuros proponentes con el fin de direccionar la adjudicación.
- Durante la presentación de ofertas: posturas encubiertas (*cover bidding*); supresión de ofertas; rotación de ofertas; asignación de mercado.
- Durante la ejecución del contrato: subcontratación para vincular a otros postulantes; cesión de contratos.

Señales de advertencia

En la documentación presentada: las propuestas presentadas contienen los mismos errores de ortografía, correcciones o tachaduras; se presentan coincidencias en la relación de personal que presentan distintos oferentes.

En la etapa de presentación de ofertas en licitaciones públicas: ciertos proponentes desisten inesperadamente de participar en la licitación; hay un claro patrón de rotación entre los vencedores en las licitaciones; el participante vencedor repetidamente subcontrata el trabajo con oferentes no adjudicatarios.

¿Cómo combate la colusión la Superintendencia de Industria y Comercio?

Con la recepción de una denuncia o inicio de una actuación de oficio se inicia la **averiguación preliminar**. Luego se emite **la resolución que ordena investigación** por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia; seguidamente los interesados tienen oportunidad para intervenir. Luego de la presentación de informe motivado al despacho se adelanta la convocatoria del Consejo Asesor, cuando sea obligatoria su consulta. Al final el Superintendente de Industria y Comercio profiere una decisión.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la única institución que puede decretar medidas cautelares en el proceso de licitación pública antes de adjudicarse el contrato en el que al parecer existió colusión.

La Superintendencia ha adoptado diversas estrategias para fortalecer sus funciones en materia de colusión: la creación de la Unidad Especializada para la Colusión en la Contratación Pública (noviembre de 2010) al interior de la Delegatura para la Protección de la Competencia; el fortalecimiento de programa de clemencia; la celebración de convenios con organismos de control para fortalecer la práctica de pruebas y obtención de información y una mayor divulgación de los casos y resultados.

Investigaciones administrativas

A la fecha (mayo de 20011) están en curso más de treinta averiguaciones preliminares de carácter reservado en los sectores de infraestructura, movilidad, bienestar social, seguridad y salud.

Se han iniciado seis investigaciones administrativas en las siguientes áreas: Adecuación y dotación de las salas de audiencia para el sistema penal acusatorio; Provisión de equipos de seguridad carcelaria en diez establecimientos penitenciarios del país; Reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de un conjunto de vías en el departamento del Meta; Provisión e interventoría de Bienestarina del

ICBF; Provisión de raciones alimentarias en los establecimientos carcelarios del país; Mejoramiento de la infraestructura física de la Gobernación de Arauca. La actuación de la SIC en este campo no tiene precedentes; en años anteriores se registraba un promedio de dos investigaciones formales al año.

Preguntas e intervenciones del público:

- ❖ Las sanciones que se imponen: el nuevo Estatuto Anticorrupción hace criminal la colusión en licitaciones. Las sanciones serán monetarias pero sólo a partir de la vigencia de la nueva ley.
- ❖ La SIC puede ordenar una medida cautelar: cancelación de la licitación o de la contratación estatal si se puede comprobar que hubo colusión previa a la adjudicación del contrato. También puede investigar si dentro de la colusión se vio involucrado un funcionario que participó, por ejemplo, en la modificación de pliegos y sabía cuál proponente iba a ganar la licitación. Se abre paso a una investigación administrativa con la posibilidad de una sanción monetaria.
- ❖ ¿Qué tipo de indicadores usan como alerta? : pólizas, estrategias como la presentación de propuestas similares.
- ❖ La SIC ha recopilado fichas sobre los casos y las normas que se han usado con el fin de generar aprendizaje institucional sobre la aplicación de las normas frente a la colusión.

Matriz de riesgos de buenas prácticas contractuales

Intervención de Iván Mauricio Mesa Alarcón, Cámara Colombiana de Infraestructura, CCI.

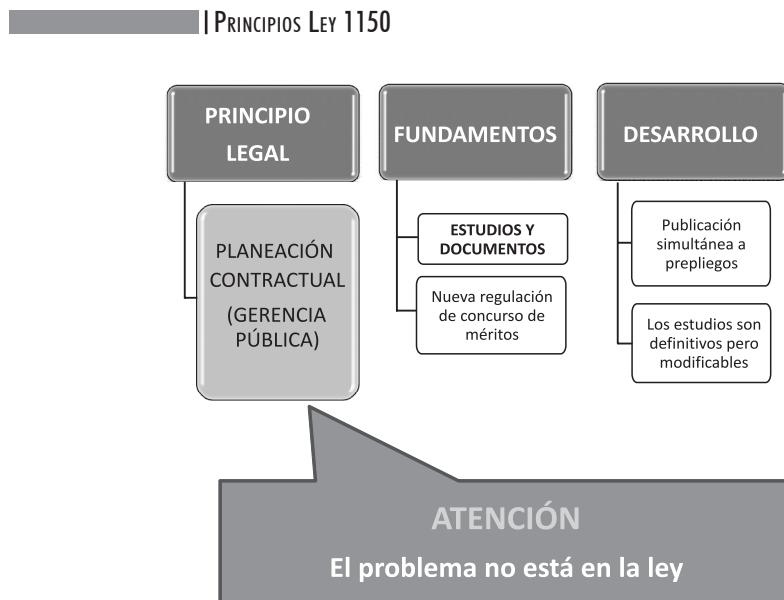
El sector de la Infraestructura sintió en los últimos años la ausencia de un interlocutor único frente al Gobierno y la opinión pública, que defendiera los intereses legítimos de los empresarios y velara por su fortalecimiento y su crecimiento.

La CCI es una asociación gremial privada integrada por los representantes de las actividades empresariales de las obras de infraestructura que tienen intereses comunes por unas mismas políticas de crecimiento y fortalecimiento del sector. Los sectores que actualmente integran la CCI: Concesionarios, consultores, proveedores, constructores, operadores representados en:

- ACIC: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores
- AICO: Asociación Colombiana de Empresas de Ingeniería y Consultoría
- ASCOL: Asociación de Consultores de Colombia
- CONCESIA: Asociación Colombiana de Concesionarios de Infraestructura y Servicios

Principios de la Ley 1150 de 2007

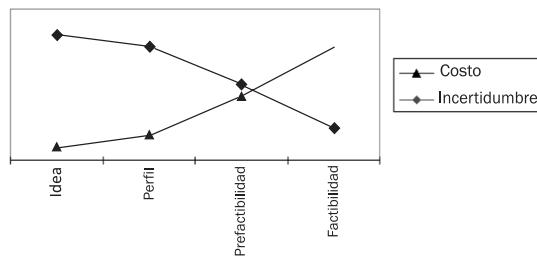
- ❖ Artículo 8. **Planeación contractual.** Nivel de información adecuada y suficiente que debe ofrecer el Estado en los procesos de selección. Con los proyectos de pliegos deberán publicarse los estudios y documentos previos.
- ❖ Artículo 4. **Distribución de los riesgos.** Los pliegos deben incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles en los contratos.
- ❖ Artículo 5. **Selección objetiva.** En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.



- ❖ Las deficiencias en la estructuración y confección de los pliegos no está en la ley
- ❖ Ley 1150 de 2007 artículos 8, 4, 5 sobre la interpretación de la ley. No es una ley suficiente.
- ❖ El problema es que no se sigue el ciclo de maduración de los proyectos, quedan mal formulados y hay riesgos: mayores valores de la obra, modificación en el alcance físico de la obra.

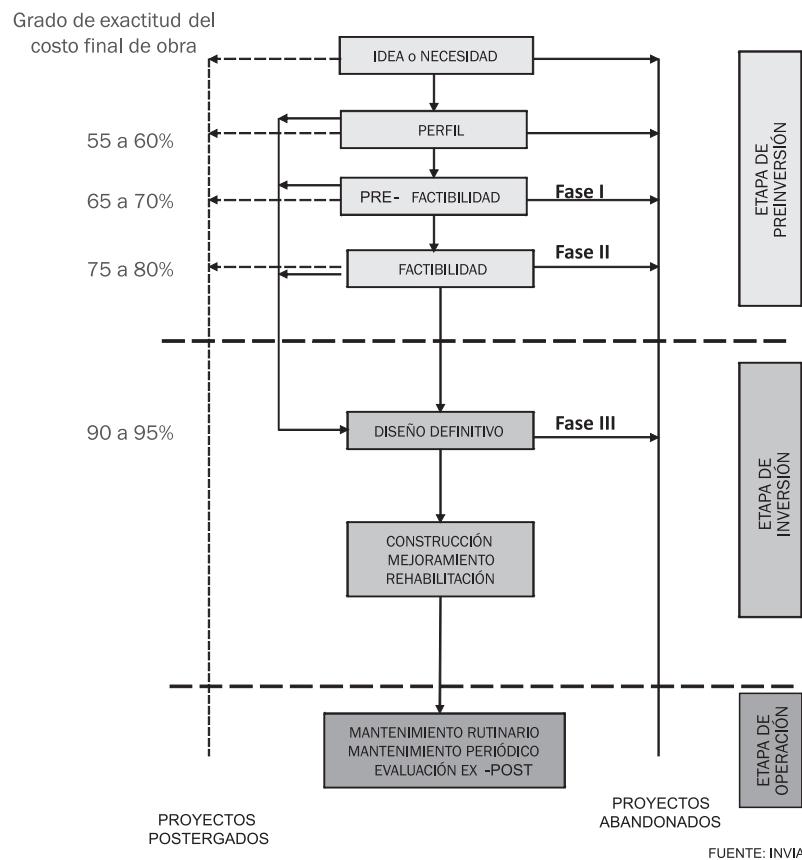
| MADURACIÓN DE PROYECTOS

Las etapas del ciclo de proyecto como una disminución de la incertidumbre



El cumplimiento de la etapa de preinversión garantiza un mayor grado de precisión en la determinación del costo final de las obras, disminuyendo a su vez, el nivel de incertidumbre del proyecto

| CICLO DE MADURACIÓN DE UN PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE



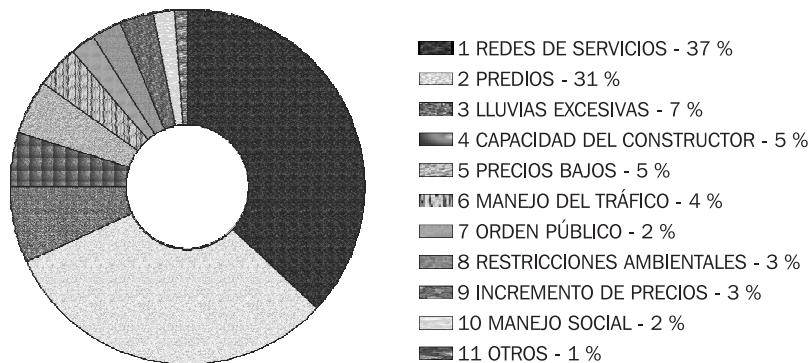
Consecuencias de una deficiente maduración de los proyectos

La deficiente maduración de los proyectos tiene una serie de consecuencias que son previsibles, entre ellas: mayores valores de obra; modificaciones en el alcance físico de las obras; demoras en el plazo de entrega final de las obras; continuos cambios y adiciones a los contratos; posibles reclamaciones y/o pleitos jurídicos; dificultades en la coordinación interinstitucional.

Corolarios

1. Supeditar la contratación de las obras públicas al cumplimiento riguroso de la etapa de pre-inversión, es decir, contando como mínimo con la ingeniería básica (Fase II), previo a la apertura de los procesos licitatorios.
2. En el caso de los proyectos con participación privada, se debe profundizar en los aspectos técnicos que tienen alta sensibilidad en el modelo financiero del proyecto:
 - Estudio de demanda
 - Obras especiales (túneles y/o viaductos)
 - Estudio de impacto ambiental
3. En el caso de los proyectos urbanos, especial énfasis en el suministro de información detallada de:
 - Redes de servicios públicos
 - Gestión y adquisición de predios

| ORIGEN DE ATRASOS Y SOBRECOSTOS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA



4. Rescatar la relevancia de los documentos elaborados por la misión francesa INGERROUTE, en la década de 1970, los cuales establecen la metodología para adelantar los estudios de pre-inversión, es decir, pre-factibilidad (30 tareas) y factibilidad (34 tareas).
5. La remuneración de cada una de las etapas de pre-inversión deberá estar acorde no solo con las expectativas legítimas de utilidad de las firmas consultoras, sino también con la necesidad de destinar los recursos suficientes en actividades que den mayor conocimiento técnico del proyecto, como exploraciones, sondeos, aforos, perforaciones y ensayos de laboratorio.
6. La particularidad de cada uno de los proyectos determinará, finalmente, el modelo de contrato más adecuado para llevarlo a cabo, es decir: llave en mano, precio global o precios unitarios. Sin embargo en todas las modalidades es necesario adelantar rigurosamente la maduración del proyecto.

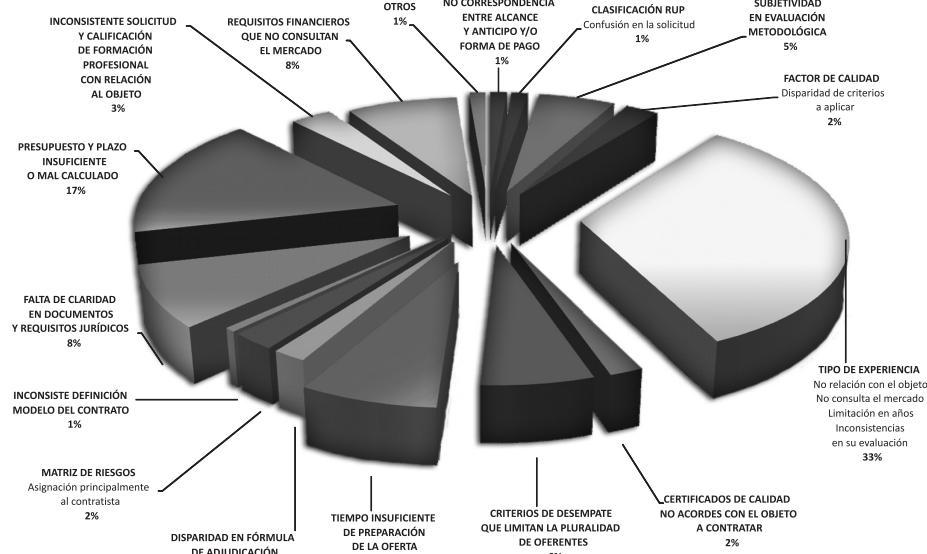
Las tareas del artículo 4º: estimación del riesgo

- La estimación debe llevar a un valor aproximado de acuerdo a un parámetro determinado
- Se fundamenta en la capacidad de aprendizaje institucional sobre proyectos anteriores y en la buena gerencia pública
- La imposibilidad de cuantificar el riesgo equivale a su imprevisibilidad
 - El riesgo no estimado es riesgo no transferible
 - La estimación de los riesgos asumidos por el Estado es el fundamento para la valoración de las contingencias
 - Pero las contingencias no se agotan con el artículo 4
 - Incluyen también posibles incumplimientos
- La estimación supone una mayor especialización de la función contractual de las entidades públicas porque:
 - Implica la cuantificación de la probable pérdida que pueden ocasionar

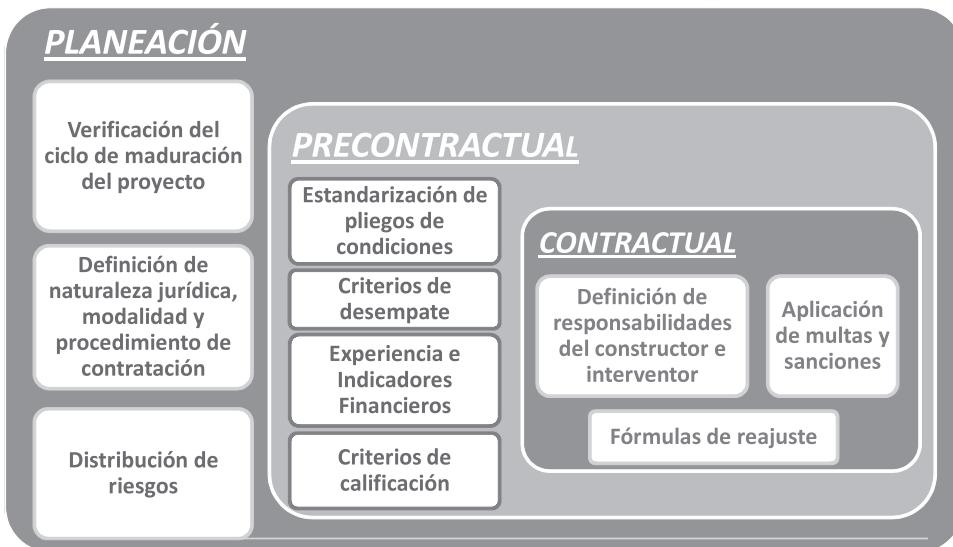
| MATRIZ DE RIESGOS

	CONTEXTO GENERAL	CONTEXTO CONTRACTUAL Artículo 4º Ley 1150 de 2007
	Hecho futuro e incierto del cual depende el surgimiento de una obligación cuya ocurrencia genera efectos jurídicos	Los riesgos previsibles tienen incidencia en el equilibrio financiero de los contratos Riesgo no equivale a posibilidad de rompimiento
ECONOMICO - FINANCIERA	Posibilidad de ocurrencia de un hecho que tenga como consecuencia la desviación de unos rendimientos (utilidad) esperados	La remuneración y la utilidad del contratista tendrá que sustentarse, entre otras variables, en los riesgos transferidos
TÉCNICO-ADMINISTRATIVA	La gestión de riesgos implica la evaluación para aceptarlo o rechazarlo y para impedir los efectos o reducir la probabilidad de su ocurrencia	El riesgo debe asignarse a la parte mejor preparada para evitar su ocurrencia o mitigar sus efectos (CONPES 3107 de 2001)
FISCAL Y DE CUENTAS PÚBLICAS	El Estado debe analizar riesgos y contingencias en el ejercicio de presupuestación	En un debido ejercicio de planeación, la ponderación de los riesgos de la entidad contratante, debe servir de insumo para la presupuestación de las contingencias

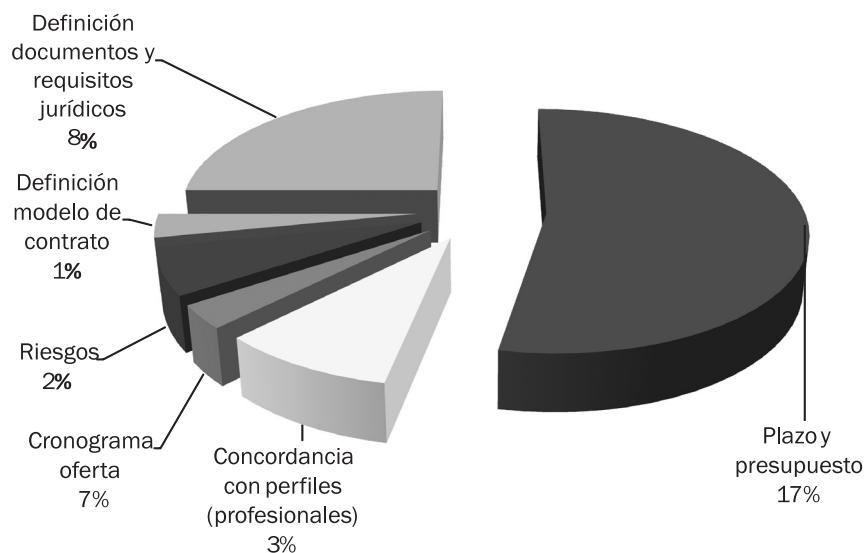
| ANÁLISIS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL DESPUÉS DE LA LEY 1150

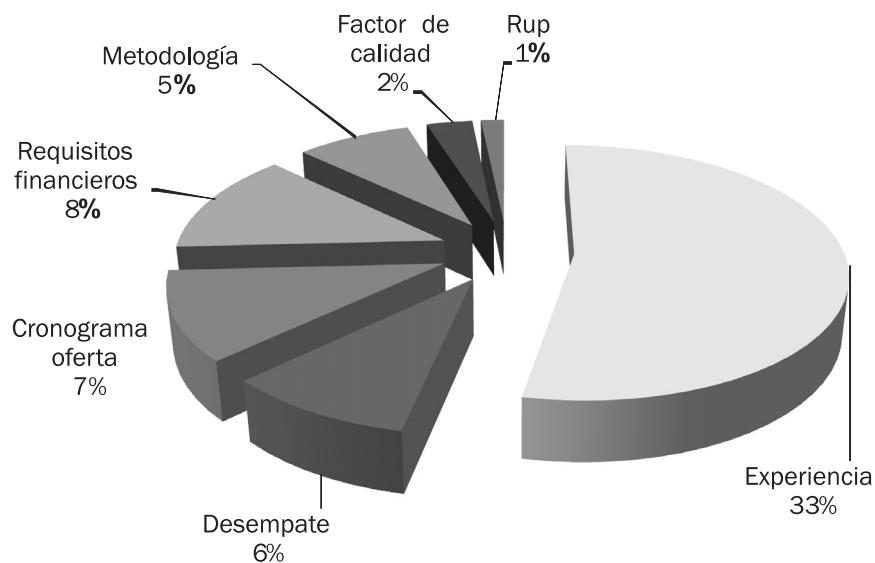
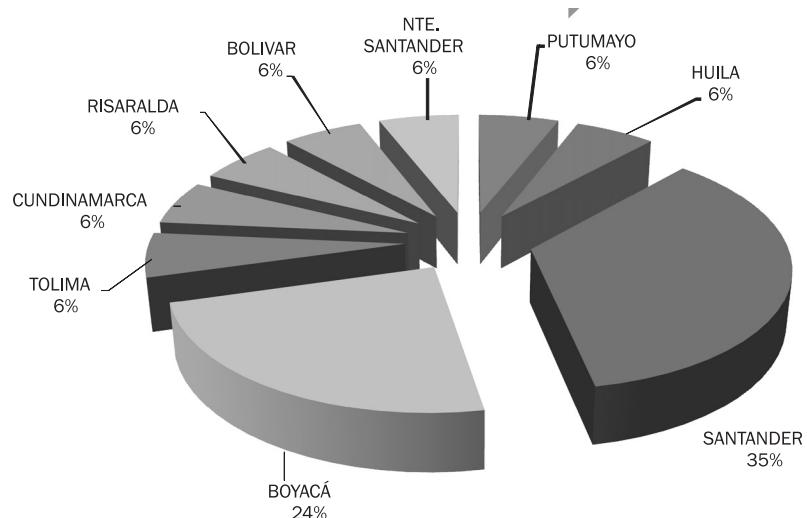


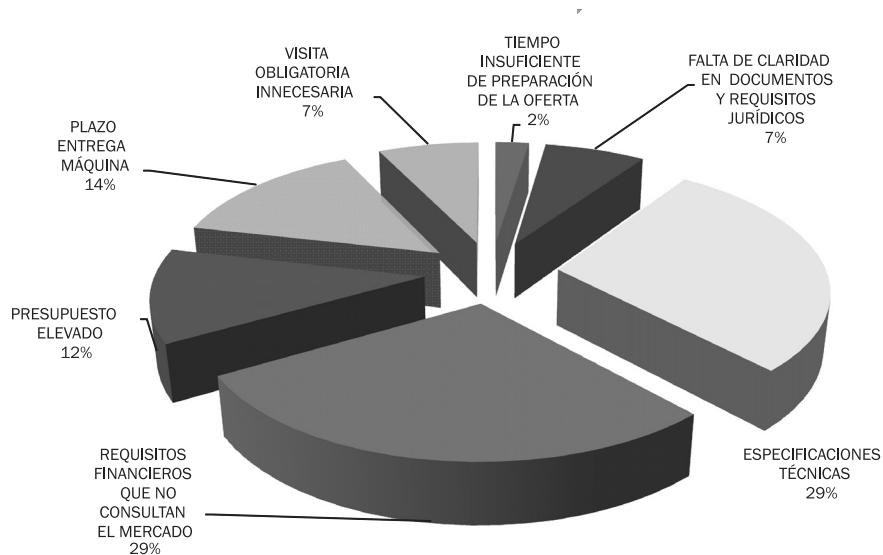
| MATRIZ DE BUENAS PRÁCTICAS



| PLANEACIÓN



| PRECONTRACTUAL**| MAQUINARIA**

| MAQUINARIA**Recomendaciones de política pública – resultados de una reforma a la política**

El antídoto contra la corrupción es el rescate de la consultoría. Los proyectos requieren de pre-inversión y la selección del consultor no es por precio.

- Hay que promover reglas claras que generan menos adendas
- Propender por la competencia leal de las empresas
- Por la selección del mejor contratista
- Buscar menos improvisación y mayor conocimiento del mercado,
- Evitar pleitos y tropiezos durante la ejecución de los proyectos
- Evitar renegociaciones inconvenientes
- Facilitar la tarea de los órganos de control.

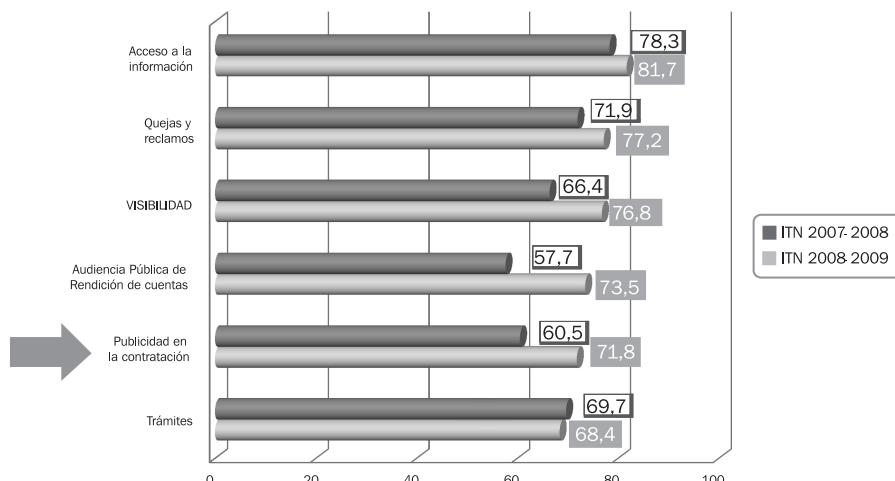
| AUTORREGULACIÓN GREMIAL

SECTOR	CONDUCTAS	
CONSULTORES	MANIPULACIÓN REQUISITOS SUBSANABLES CONFLICTO DE INTERÉS PRESENTACIÓN EN PROCESOS DIRECCIONADOS	RECTOR
CONSTRUCTORES	PROPUESTAS ARTIFICIALMENTE BAJAS MANIPULACIÓN DOCUMENTAL MANIPULACIÓN REQUISITOS SUBSANABLES	CONSEJO DE AUTORREGULACIÓN
CONCESIONARIOS	INTENCIÓN DE MANIPULACIÓN DE LA LICITACIÓN PARTICIPACIÓN EN PROCESOS INVIALES	AMOSTESTACIÓN MULTA SUSPENSIÓN EXPULSIÓN
PROVEEDORES	MANIPULACIÓN DE PRECIOS PRESENTACIÓN EN PROCESOS DIRECCIONADOS DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS ILEGALES	

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS
RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (PUBLICIDAD Y GESTIÓN) EN
ENTIDADES PÚBLICAS COLOMBIANAS 2008 – 2009

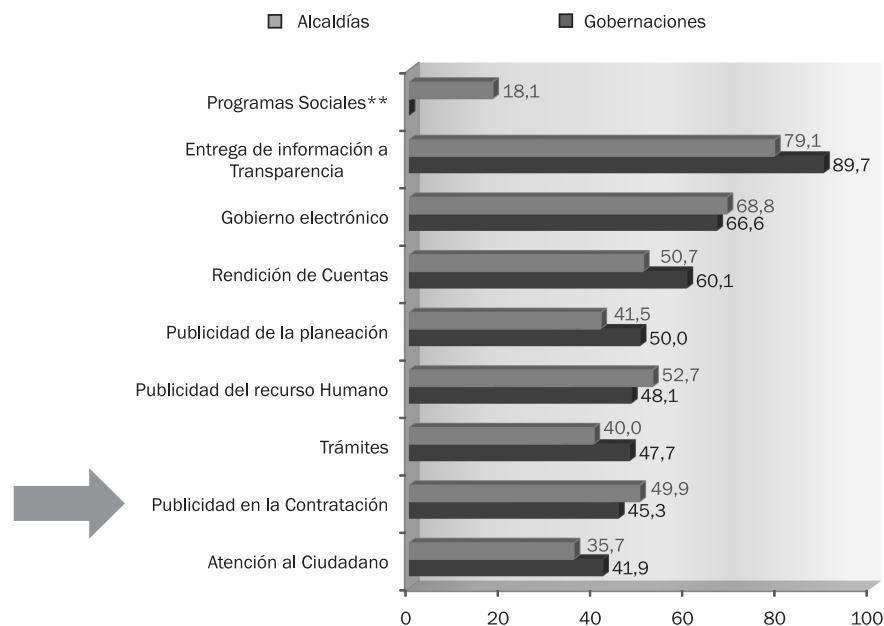
Intervención Marcela Restrepo Hung, Directora del área Sector Público, Transparencia por Colombia.

| ÍNDICE DE TRANSPARENCIA NACIONAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. FACTOR VISIBILIDAD



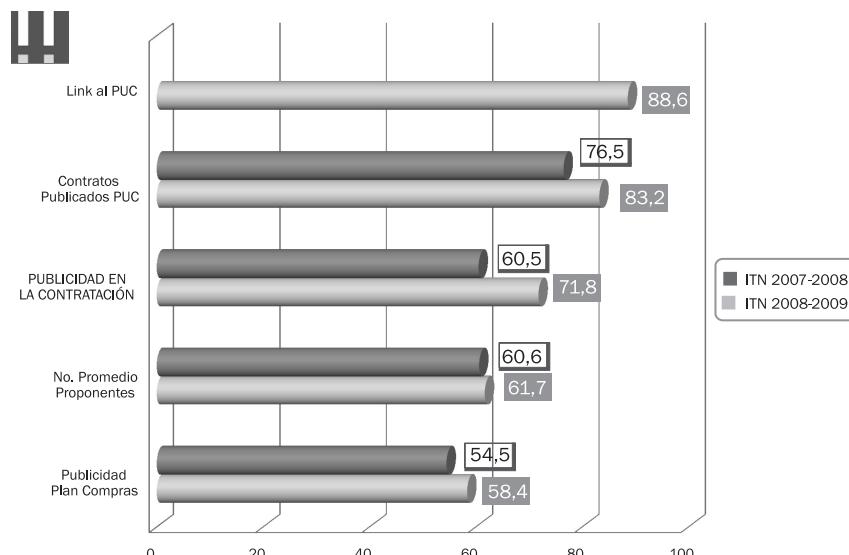
Calificación 0 a 100 puntos.

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA MUNICIPAL Y DEPARTAMENTAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. FACTOR VISIBILIDAD



Calificación 0 a 100 puntos.

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA NACIONAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. INDICADOR PUBLICIDAD EN LA CONTRATACIÓN



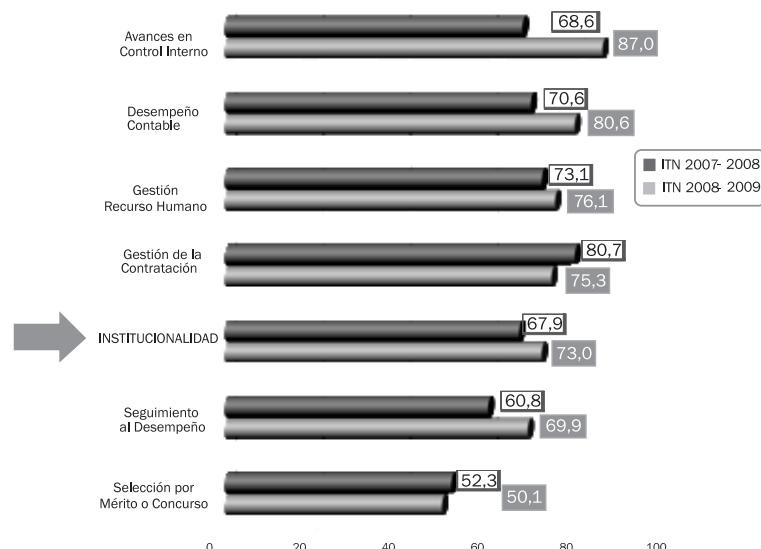
Calificación 0 a 100 puntos.

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA NACIONAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. SUB-INDICADOR

PROCESOS ADJUDICADOS VS PUBLICADOS EN EL PUC			
	ITM	ITD	ITN*
Núm. Licitaciones adjudicadas	323	525	3535
Núm. Licitaciones publicadas PUC	165	182	3563
% lic. Adjudicadas que fueron publicadas	41.8%	33.6%	99%

*No son sólo licitaciones adjudicadas sino concurso, selección abreviada y subasta inversa.

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA NACIONAL. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. FACTOR VISIBILIDAD



Calificación 0 a 100 puntos.

| ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS 2008-2009. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. SUB-INDICADOR

TIPIFICACIÓN DE RIESGOS	
Entidad	% entidades
Municipios	65.3%
Gobernaciones	56.3%
Contralorías	37.3%
Nacionales	70.2%

| ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS 2008-2009. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. SUB-INDICADOR

MANUALES DE CONTRATACIÓN	
Entidad	% entidades
Municipios	61.9%
Gobernaciones	68.8%
Contralorías	61.0%

ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS 2008-2009. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN. SUB-INDICADOR

CONTENIDO DEL MANUAL DE CONTRATACIÓN				
Contenido	ITM	ITD	ITC	TOTAL
Publicidad de todos los procedimientos	46.9	51.3	52.2	50.1
Contenido mínimo de los estudios previos	45.8	45.6	38.2	43.2
Contenido mínimos de los pliegos de condiciones	41.9	48.3	33.8	41.3
Liquidación	35.9	45.6	27.6	36.4
Control y Vigilancia en la ejecución contractual	42.2	46.9	24.9	38.0
Responsables de los procedimientos	49.3	56.3	41.9	49.2

Comité de estudios previos

- 23 municipios: (15%) NO cuentan con un comité para la elaboración de estudios previos
- 4 gobernaciones: (12%) NO cuentan con un comité para la elaboración de estudios previos
- 23 entidades nacionales : (20%) no cuentan con metodologías internas para la elaboración de estudios previos. De las 91 entidades que cuentan con comité, el 84% no cuenta con metodologías

Recurrencia en el uso de modalidades de contratación directa

- 60% (\$ 2,167,056,157,825) de la contratación municipal se realiza por contratación directa
- 55% (\$ 2,682,121,382,103) de la contratación departamental se hace por contratación directa
- 54% (\$ 11,689,922,940): de la contratación en las contralorías se hace de forma directa
- 40% (\$ 9,775,639,593,618): de los contratos suscritos por entidades nacionales se realizaron por contratación directa.

Contratos interadministrativos

- \$1,683,191,555,417 (70.536 contratos): valor total de los contratos interadministrativos suscritos por los municipios (119)
- \$2.226.585.376.793 (5.527 contratos): valor total de los contratos interadministrativos suscritos por las gobernaciones (28)
- \$221.764.421.732 (255 contratos): valor total de los contratos inter administrativos entidades nacionales (22)
- \$ 2,634,192,355 (37 contratos): valor total de los contratos interadministrativos suscritos por las contralorías (58)

| ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS 2008-2009. EVALUACIÓN DE RIESGOS DE CORRUPCIÓN.

INTERVENTORÍA DE OBRA				
	ITM	ITD	ITN	TOTAL
Total de contratos de Obra	40705	2705	2270	45680
Contratos con intervención	1121	517	908	2546
% intervención	2.8%	19.1%	40%	5.6%

Recomendaciones

Riesgos de corrupción administrativa que se identifican en los procesos de contratación

- **En la publicidad:** Sigue existiendo opacidad; pocos son los ejercicios de transparencia activa (la norma es el límite cuando se indaga por la publicidad).
- **En la gestión:** Bajo desarrollo de instrumentos, procesos y procedimientos para mejorar la capacidad institucional para gestionar la contratación. Persiste el incumplimiento de la legislación.

- **De la normatividad y la política pública:** es necesaria una instancia independiente que regule la contratación pública en el país y soluciones por la vía gubernativa a las protestas contractuales.
- **Desarrollo de las capacidades institucionales:** vincular planeación y contratación; aumentar la cualificación de los equipos interdisciplinarios que abordan la contratación en las entidades; diseñar procesos, procedimientos, manuales, mecanismos e instancias que tracen el proceso de contratación.

EL MAPA DE RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Iván Darío Gómez Lee, Auditor General de la República

Primero, cuando se analiza la contratación pública colombiana desde los organismos de control se ve que el Estado está perdiendo demasiado. Es decir, la contratación ha dejado de ser un instrumento para que el Estado gane. Los contratos con los particulares no están dejando un costo-beneficio favorable para el Estado.

En la Comisión Nacional de Cuentas se tienen cifras escandalosas de condenas contra el Estado. De condenas ya en firme contra el Invías y contra el Inco, se sabe que ascienden a \$327.000 millones en el último año, según declaraciones de la Contadora General de la Nación, y son más del 32% de la cifra consolidada. Hace unos años el sector más demandado del Estado era el de Defensa, desafortunadamente por excesos de la Fuerza Pública y transgresiones a los derechos humanos. Hoy se lleva todos los premios la contratación del Invías y del Inco. Es aquí donde cabe hacerse una pregunta de fondo y es: ¿Hasta dónde, para el Estado el negocio de la contratación está siendo rentable?

Este problema también lo estamos viviendo en el sector salud, en el sentido en que se está analizando hasta dónde ha sido buena para el Estado la alianza con los particulares en el tema de la salud. Es por esto que se hace necesario que desde el Estado se replantee el tema de la contratación.

Así mismo, es necesario decir que Colombia tiene unas características mucho más complejas que las de otros Estados. Una de ellas es que aquí no existe el triángulo de hierro donde está el político, el empresario y el administrador público, sino que más bien lo que tenemos aquí es un pentágono, porque este es un país donde además nos enfrentamos al tema de la criminalidad y el narcotráfico. Entonces es un escenario mucho más complejo para la lucha contra la corrupción.

Como lo ha dicho muchas veces el Procurador General de la Nación, estamos asistiendo en ciertas zonas del país a fenómenos de cooptación por grupos al margen de la ley. Grupos extremistas como las

bandas criminales, grupos extremistas como la guerrilla, grupos extremistas como los paramilitares, pero también se ha creado otra forma de grupos, los grupos emergentes, que no son tan extremistas, no tan criminales, no tan asesinos pero si iguales de voraces a los grupos ilegales alzados en armas. Es por esto que Colombia tiene una situación actual excepcional.

Pero cuando se analiza el fenómeno colombiano, es posible decir que no es el más grave de América Latina. En Colombia siempre nos ha caracterizado una institucionalidad fuerte, y esos parámetros de autonomía e independencia de los organismos de control, de las ramas del poder público, estos pesos y contrapesos diseñados en la Carta del 91, hacen que Colombia sea un país que en estos momentos esté destapando esa olla podrida de la corrupción. No porque en otros Estados no se esté presentado este fenómeno, sino porque aquí se está demostrando que existe una institucionalidad fuerte que combate la corrupción así provenga de figuras, que en otros Estados serían intocables. Hay países en nuestra región en donde los juicios de responsabilidad que se puedan adelantar a congresistas, altos funcionarios, o empresarios de cualquier orden, serían un tanto impensables.

Colombia abandonó hace muchos años la política de Estado en materia de contratación. Hay una gran diferencia además entre una política de gobierno y una política de Estado. Y también hay una gran diferencia entre una política que diseña una entidad del Estado a una política de gobierno. Y lo que nosotros tuvimos en el último cuatrienio fue una ausencia de una política de gobierno en materia de contratación, porque cuando diferentes organismos adelantan sus propias políticas se puede concluir que no existe una política de gobierno clara, contundente y orientadora. Entonces parte de esa política la dirigía el Departamento Nacional de Planeación en el programa de Renovación de la Administración Pública, pero en un sentido muchas veces contradictorio con los lineamientos que se acogían de la misión que conformó el Banco Mundial, en el que aparecían las políticas del Ministerio de Transportes, muchas veces en sentidos encontrados.

Nuestro drama en materia de contratación es que todos los organismos están tratando de ayudar a mejorarla en cada uno de los ámbitos de acción, haciendo parte de la lucha contra la corrupción, pero finalmente la situación se convierte en una colcha de retazos y no en una política de Estado.

Tenemos una gran diferencia con otros países, en el sentido en que las compras gubernamentales –ni siquiera se habla en términos tan pomposos como contratación estatal, sino simplemente compras gubernamentales– están fuertemente centralizadas. Con el romanticismo de la descentralización propia de la Asamblea Nacional Constituyente, hemos llegado a un Estado en donde la política la tiene cualquier funcionario de un municipio, y cualquier funcionario es cualquier funcionario. Es decir, ni siquiera el alcalde ni un secretario. En Colombia no hay requisitos para ser ordenador del gasto,

ni siquiera se exige ser bachiller, por esto llegan a ser ordenadores del gasto personas que no son idóneas para desarrollar esta labor.

Los organismos de control fiscal han encontrado que en las 63 contralorías que tiene el país, es decir la General de la República, las 32 departamentales y las 30 contralorías territoriales, se trabajaba de manera independiente y desligada, es decir que cada uno de estos entes de control era un organismo aparte. Se parecían entre sí en que realizaban un control eminentemente numérico, un control legal, un control formal, un control orientado casi siempre a detectar si en las pólizas y en las garantías estaban bien las fechas. Pero ese ideario del Constituyente del 91 de un control fiscal orientado a los resultados y a evaluar la gestión en materia de contratación no se ha aplicado en el país.

Lo que se hizo en la Auditoría General de la República, a través de la competencia constitucional que tiene de poner a las contralorías a rendir cuentas, fue modificar la periodicidad de la rendición de cuentas, para que todas empezaran a hablar un mismo lenguaje. Se unificó la práctica, se unificó un mecanismo de rendición periódica de cuentas, por ende, trimestralmente las contralorías están reportando a la Auditoría General de la República cuáles son los contratos y en qué estado se encuentran. Es por ello que esta práctica tuvo un efecto réplica en cada uno de los sujetos vigilados. Lo que se ha buscado en este proyecto, que además se ha denominado como “triple c” porque es el “control al control de la contratación”, es homologar prácticas de control fiscal en todo el país, el cual se ha venido realizando de manera paulatina. De hecho se va a publicar desde la Auditoría General de la República, un primer gran informe de este proyecto “triple c”, en donde se realizan una serie de análisis muy importantes para mejorar las prácticas en la contratación, y además análisis muy importantes para que las contralorías definan sus planes generales de auditoría en materia de contratación.

Desde la Auditoría General de la Nación se tiene la percepción de que el control fiscal le puede presentar a la contratación una colaboración en temas que no se han abordado como lo son el de evaluar la gestión, evaluar los resultados, evaluar los costos y evaluar la finalización del ciclo contractual.

Este gran informe se va a presentar en tres variables, que son las tres grandes debilidades de la contratación según lo que ya se tiene documentado, -un análisis de casi 850 mil contratos-. De lo anterior, ha sido posible detectar problemas en la falta de efectividad en los procesos contractuales, en especial por la generalización de los objetos, y por la falta de supervisión, de control y de intervención. Se han encontrado entidades territoriales en donde, en promedio, un supervisor supervisa 121 contratos, lo cual resulta totalmente ineficiente. Además se han encontrado temas críticos en materia de liquidación de contratos, pero aún así se ha orientado un primer ítem hacia la efectividad.

Un segundo ítem tiene que ver con la transparencia y aquí hay que reconocer que definitivamente hay una voluntad en la mayoría de entidades que contratan con el Estado de saltarse la ley de

contratación y buscar los mecanismos de contratación directa. Se han verificado unas cifras que dio Transparencia por Colombia y se ha demostrado cómo la mayoría de procesos de contratación en Colombia se hacen a dedo, o se hacen de manera directa. Y algo que es más grave, se están generalizando las prácticas con asociaciones, con fundaciones, contratos interadministrativos y ahora las entidades territoriales están acudiendo a la práctica de mutar la naturaleza jurídica de una entidad, para acogerse al régimen excepcional del artículo 14 de la Ley 1150 de contratación directa. Es aquí donde los organismos de control tendrán el gran reto, porque detrás esa generalización de las contrataciones es evidente que en la mayoría de ellos hay un interés oculto para favorecer a terceros, y es precisamente este el paso que estos organismos tienen que dar.

El tercer elemento de este informe, tiene que ver con la falta de economía de los procesos contractuales. En este sentido se ha adelantado un seguimiento a los procesos de responsabilidad fiscal en materia de contratación. Son el 46% de los procesos que adelantan las contralorías del país, además se han adelantado acciones sancionatorias, en donde no se están cumpliendo los términos del proceso de responsabilidad fiscal, y en términos de economía se han encontrado decisiones que son verdaderamente antieconómicas. Hoy en día hay 86 billones de pesos en fiduciarias del país, más de la mitad del presupuesto nacional, y parte de esos recursos son proyectos fiduciarios que tienen origen en contratos estatales. No contentos con ello, las entidades fiduciarias ahora reciben una norma en el Estatuto Anticorrupción que va a obligar a que todas las entidades tengan depositar sus anticipos en ellas. Ahora es necesario que los organismos de control lleguen hasta allá, lo que se piensa como una decisión antieconómica, porque pasa lo que pasaba hace unos años con los organismos de cooperación internacional.

Estos análisis van a servir para elaborar mapas de trabajo común, teniendo claro que el liderazgo en este proyecto de la Contraloría General de la República es fundamental y que la alianza con la Procuraduría General de la Nación es clave. Este informe debe llevar a unas acciones mucho más focalizadas y conjuntas, no sólo de control fiscal, sino también de control disciplinario y de control preventivo.

La Contraloría General de la República tuvo la oportunidad de participar en el Simposio Trasatlántico sobre Lucha contra la Corrupción en Lisboa y por primera vez en un evento como estos participó como líder de un país una persona de una contraloría, participó la Contralora General de la República. Y se ha encontrado que hay un tema por trabajar y por explorar con los organismos internacionales en la lucha contra la corrupción, tiene que ver con perseguir el patrimonio de los corruptos.

La historia en Colombia registra con frecuencia casos escandalosos en donde se eligen gobernadores “fachada” dispuestos a estar privados de su libertad cuatro o cinco años, pero que en su periodo electoral dedican sus esfuerzos a “desangrar” el Departamento por el cual fueron elegidos.

En el sector privado se conoce que los empresarios hacen contratos multimillonarios, posteriormente sacan el dinero del país, pagan unos años de condena y después de esto, pueden disfrutar del dinero fuera del país. Es por esto que uno de los temas más importantes de esta lucha contra la corrupción radica en perseguir el patrimonio de los corruptos.

Sin embargo, el control fiscal tiene una recuperación del 1% de los activos, algo que se supone que se piensa mejorar con la aprobación del Estatuto Anticorrupción. Es necesario fortalecer esta labor con alianzas internacionales, sobre todo en el tema de lavado de activos. Es importante recordar que el tema de prevenir y mitigar el lavado de activos no sólo es una obligación legal de las entidades bancarias. Según la Ley 1121, todas las entidades del Estado al momento de contratar tienen que verificar con quién están contratando, quién es la persona que se está contratando, y es casi posible asegurar que ninguna de las entidades que contratan verifican que la persona que están contratando no figure en la Lista Clinton, sin embargo está es una responsabilidad que se desconoce.

Es esencial en la lucha contra la corrupción que se entiendan las características de Colombia, un país donde los organismos de control no son autoridad judicial, sino autoridades administrativas.

**INVESTIGACIÓN Y PENALIZACIÓN DEL
BLANQUEO DEL PRODUCTO DEL DELITO
(CONVERSIÓN Y TRANSFERENCIA DE
BIENES, OCULTACIÓN O DISIMULACIÓN DE
NATURALEZA, ADQUISICIÓN, POSESIÓN
Y/O UTILIZACIÓN)**

LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO, UN INSTRUMENTO EFICAZ PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN

Intervención de Nohora Patricia Ferreira García, Fiscal Jefe de la Unidad Nacional contra el Lavado de Activos y Extinción de Dominio, Fiscalía General de la Nación

Este panel tiene por objetivo la revisión de la legislación nacional sobre penalización y aplicación de la ley en materia de blanqueo del producto del delito, incluidos mecanismos de control y seguimiento.

a. Proceso de blanqueo

Colocación: consiste en ingresar los recursos en metálico al sistema financiero o en la economía formal.

Estratificación: sucesivas operaciones financieras para distanciar progresivamente las ganancias de su origen ilícito.

Integración o reconvención: lograr el mayor distanciamiento de su origen ilícito para aparentar que procede de una actividad lícita.

b. Penalización del blanqueo en la legislación nacional.

- ❖ Ley 599 de 2000 Código Penal, Artículo 323: “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas; delitos contra el sistema financiero, delitos contra la Administración pública o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concurso para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o

encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes”.

- ❖ Artículo 340 del Código Penal, 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, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. (Inciso modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006).

Recuperación de activos – Comiso

El artículo 82 de la Ley 906 de 2004 prevé las medidas de comiso de bienes del penalmente responsable cuando existan motivos fundados:

1. Producto directo o indirecto de un delito doloso.
2. Que haya sido mezclado con bienes lícitos, por el valor equivalente al producto ilícito, sino se configura otro delito, en tal caso procede por la totalidad.
3. Que haya sido utilizado o este destinado a ser utilizado como medio o instrumento de un delito doloso.
4. Que constituya el objeto material del mismo, salvo que sean devueltos a las víctimas o a terceros.

Procedimiento

El fiscal cuenta con 36 horas, para acudir ante el Juez de Control de Garantías para obtener la legalización de la incautación u ocupación con fines de comiso y pedirá como medida jurídica “la suspensión del poder dispositivo”, con destino a la reparación de las víctimas. En caso que no proceda, se examinará la posibilidad de que se promueva la acción de extinción de dominio.

Destino de bienes objeto de Comiso:

Los bienes, según el caso, pueden pasar a:

- ❖ Fiscalía General de la Nación, Fondo Especial para la Administración de Bienes.
- ❖ Para resarcir a las víctimas (en lo delitos contra la Administración, el Estado es víctima).
- ❖ Esta recuperación de activos solo se logra si se obtiene sentencia condenatoria.

Medidas cautelares

Artículo 92 Ley 906 de 2004. “La víctima y la Fiscalía General de la Nación, pueden solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado o del acusado, para garantizar el derecho de indemnización de perjuicios causado por el delito”.

La acción de Extinción de dominio

Procede:

- ❖ Producto directo o indirecto no de un delito sino de una actividad ilícita.
- ❖ Contra valores equivalentes al producto de la actividad ilícita.
- ❖ Sobre bienes que hayan sido utilizados o estén destinados para ser utilizados como medio o instrumentos de actividades ilícitas.
- ❖ Sobre el objeto material de un delito.
- ❖ Contra los bienes de los herederos de quien realizó la actividad ilícita.

Actividad ilícita- Ley 793 de 2002

Está previamente definida en el texto legal: Parágrafo 2, artículo 2.

Las actividades ilícitas son:

- ❖ El delito de enriquecimiento ilícito.
- ❖ Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico;

Delitos contra la administración pública – (Título XV del Código Penal)

Artículo 397. Peculado por apropiación.

Artículo 398. Peculado por uso.

Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente.

Artículo 400. Peculado culposo.

Artículo 400-a. *Circunstancia de agravación punitiva.* Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador.

Artículo 403. Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos.

Artículo 404. Concusión.

Artículo 405. Cohecho propio.

Artículo 406. Cohecho impropio.

Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer.

Artículo 408. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos.

Artículo 422. Intervención en política.

Artículo 423. Empleo ilegal de la fuerza pública.

Artículo 424. Omisión de apoyo

Artículo 425. Usurpación de funciones públicas.

Artículo 426. Simulación de investidura o cargo.

Artículo 427. Circunstancia de agravación punitiva.

Artículo 428. Abuso de función pública.

Artículo 429. Violencia contra servidor público.

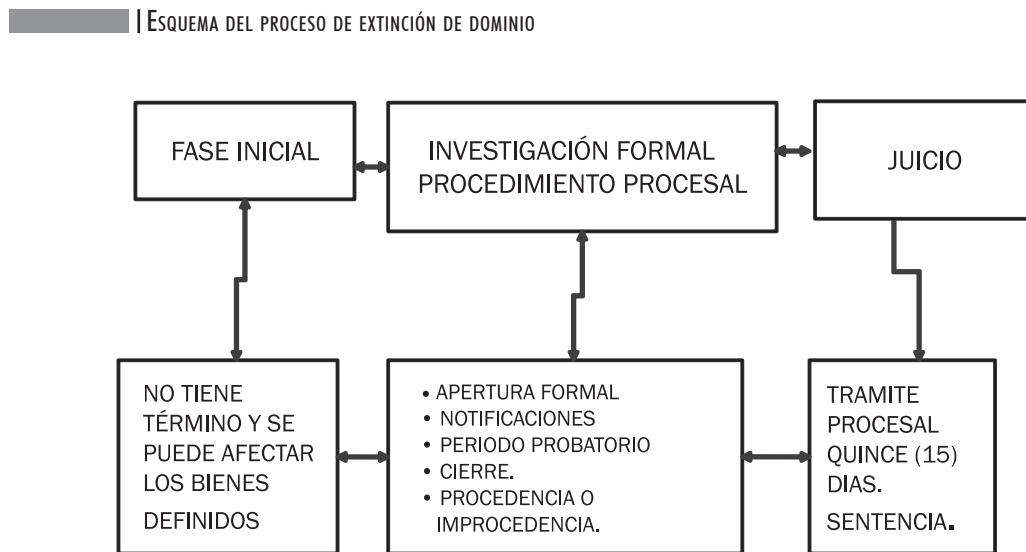
Artículo 430. Perturbación de actos oficiales.

Artículo 431. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública.

Artículo 432. Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública.

Artículo 433. Soborno transnacional.

Artículo 434. Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.



Concepto

La **extinción de dominio** es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas consistente en la pérdida del Derecho de Dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

Marco constitucional

La carta política colombiana solo protege la propiedad adquirida conforme a las leyes civiles. Los bienes adquiridos ilícitamente no logran consolidar el derecho de dominio, solo ostentan un derecho aparente (artículo 34).

Artículo 58 de la Constitución: La propiedad debe cumplir una función social y ecológica.

Causales – origen ilícito

- ❖ Incremento patrimonial injustificado (Causal 1^a y 7^a).
- ❖ Provenga directa o indirectamente de actividades ilícitas (causal 2^a).
- ❖ Bienes objeto del delito utilizados como medio o instrumento – u objeto material del delito (causal 3^a).
- ❖ Provengan de la enajenación o permuta de los anteriores (causal 4^a).

- ❖ Que el Origen no se hubiese investigado en un proceso penal (Causal 5^a).
- ❖ Mezcla de bienes lícitos con bienes ilícitos (Causal 6^a).
- ❖ Cuando no se justifique el origen lícito (Causal 7^a).

Características de la acción:

- ❖ Es de origen constitucional
- ❖ Es jurisdiccional: procede sólo por sentencia judicial
- ❖ Es real
- ❖ No es una sanción penal
- ❖ Es autónoma y distinta de la acción penal
- ❖ Es independiente de la responsabilidad penal

Medidas cautelares

Artículo 681 del Código Penal:

- ❖ Embargo
- ❖ Secuestro
- ❖ Suspensión del poder dispositivo

Técnicas de investigación

Durante la fase inicial y con el exclusivo propósito de identificar bienes y recaudar elementos materiales probatorios que fundamenten la causal a invocar, el fiscal podrá utilizar las siguientes técnicas de investigación:

- ❖ Registros y allanamientos;
- ❖ Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares;
- ❖ Recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes; y
- ❖ Vigilancia de cosas.

Cuando se decrete la práctica de las anteriores técnicas de investigación se deberá proferir decisión de sustanciación que contenga las razones o motivos fundados para su práctica.

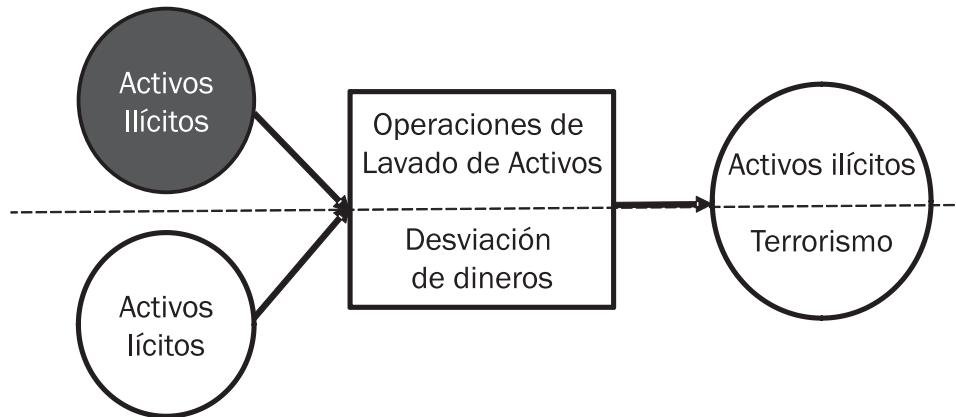
| EXTINCIÓN DE DOMINIO, EL INSTRUMENTO JURÍDICO DE MAYOR ALCANCE PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Comiso	Extinción de dominio
Acción penal - individual	Acción real - bienes
Carga probatoria	Solidaridad probatoria
Presunción de inocencia	Presunción de buena fe
Derecho de defensa penal	Derecho de contradicción
In dubio pro reo	Verdad procesal
Irretrospectividad	Retrospectividad
Prescriptibilidad	Imprescriptibilidad
Sentencia condenatoria	Sentencia declarativa

PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Intervención de Jorge Humberto Galeano Lineros, Superintendente Delegado para Riesgo de Lavado de Activos, Superintendencia Financiera

Concepto de Lavado de Activos



Concepto de financiación del terrorismo

| CONTEXTO E IMPORTANCIA

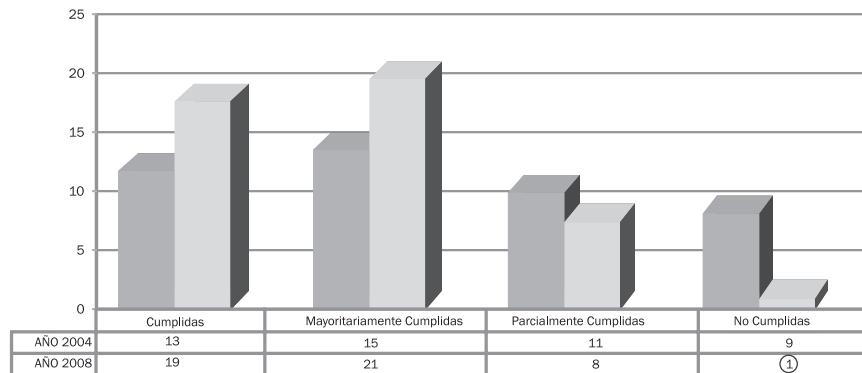


Ley 599 de 2000, Julio 24, - Art. 323*

Ley 747 de 2002, Julio 19 **

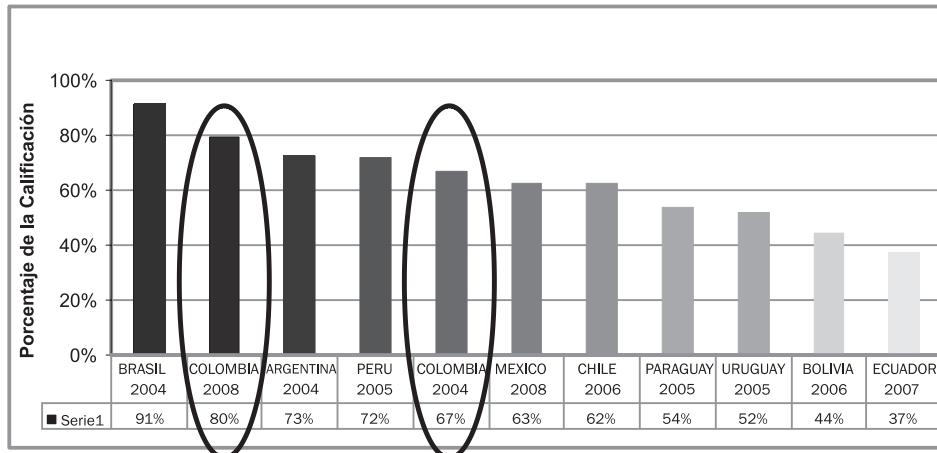
Ley 1121 de 2006, Dic 29 **

| EVOLUCIÓN EVALUACIÓN GAFISUD 2004 - 2008



Fuente
 Documento UIAF
 Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)
 TERCERA RONDA DE EVALUACIONES
 Informe de Evaluación Mutua – Colombia 2008

| POSICIÓN DE COLOMBIA FREnte A LOS PAÍSES MIEMBROS DE GAFISUD - VARIACIÓN CON RESPECTO A 2004



Fuente
 Documento UIAF
 Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)
 TERCERA RONDA DE EVALUACIONES
 Informe de Evaluación Mutua – Colombia 2008
 Página 9

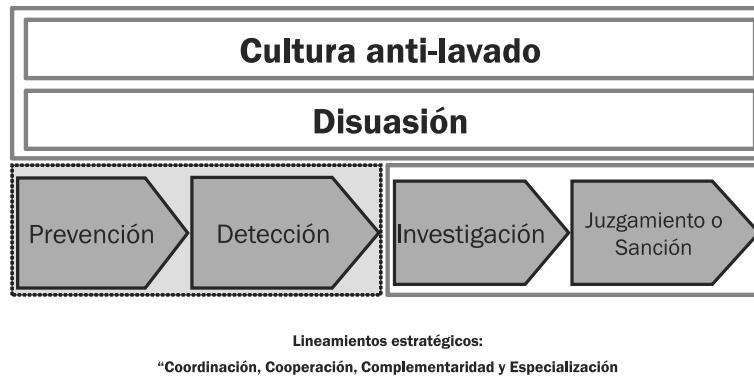
Intervención y organización del Estado

Ley 1121 de 2006 (Dic.29). “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones” (...)

Artículo 20. Procedimiento para la publicación y cumplimiento de las obligaciones relacionadas con listas internacionales vinculantes para Colombia de conformidad con el Derecho Internacional. (...)

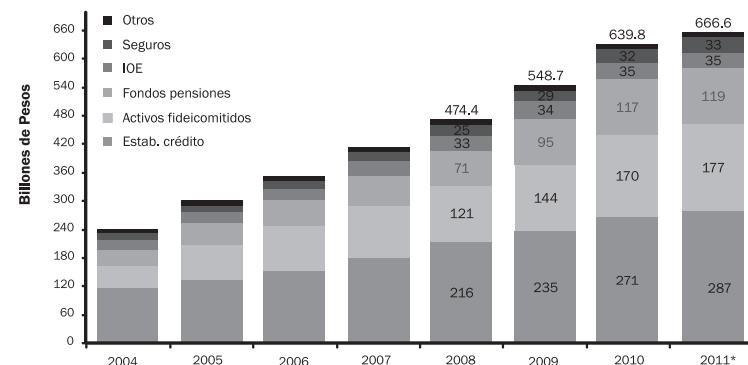
Artículo 27. El Estado colombiano y las entidades territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales y a las personas jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de sus recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas.

| COMPONENTES DEL SISTEMA INTEGRAL DE LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO



La Superintendencia Financiera, SFC, no busca lavado de activos. Lo que busca son operaciones sin justificación, y si hay hallazgos se remite a la Unidad Administrativa Especial de Información Análisis Financiero, UIAF.

| TOTAL ACTIVOS DEL SISTEMA FINANCIERO Y TOTAL ACTIVOS ADMINISTRADOS POR LAS ENTIDADES VIGILADAS

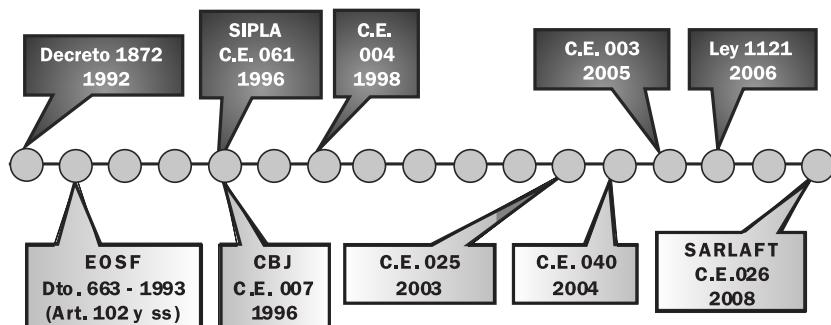


Cifras al cierre de cada año.

*2011: Cifras hasta marzo.

Fuente: Superintendencia Financiera. Estados Financieros sujetos a revisión. Cifras reportadas hasta el 18 de abril de 2011.

| LA EXPERIENCIA NORMATIVA DEL SECTOR FINANCIERO



Sistema de administración del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo
- C.E. 26 de 2008 (junio 27)

Riesgo de LA/FT en el sector financiero: Es la posibilidad de pérdida o daño que puede sufrir una entidad vigilada por su propensión a ser utilizada directamente o a través de sus operaciones como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas, o cuando se pretenda el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades.

| TOTAL SANCIONES IMPUESTAS

Monto máximo de sanción para 2011
 Art. 211 EOSF \$ 2.746.859.441,36

TOTAL SANCIONES IMPUESTAS SFC AL CORTE*	43
TOTAL VALOR SANCIONES IMPUESTAS	
EN FIRME (37)	\$ 2.028.500.000
EN APELACIONES (6)	\$ 1.170.000.000
INCLUYENDO SANCIONES EN TRÁMITE DE APELACIONES	\$ 3.198.500.000

*Corte 31 marzo 2011

**Aplicación del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
(Sector Público- capacitaciones y códigos de ética)**

El Código de Ética y Conducta de la Superintendencia, SFC puede ser consultado en www.superfinanciera.gov.co

Obliga a:

1. Todos los funcionarios de la SFC
2. A quienes a través de contratos de prestación de servicios, laboran en la entidad en forma permanente(encargados del Centro de Contacto, personal de servicios generales, vigilancia y soporte técnico)

Con él se busca generar y conservar una cultura que produzca confianza en la ciudadanía hacia la entidad y sus funcionarios, al reconocer que estos no solamente cumplen y hacen cumplir la ley, sino que también son ejemplo de moralidad en todas sus acciones. Es la guía de actuación de la entidad y sus funcionarios. Para los supervisados, contratistas y proveedores, constituye el marco ético de la mutua relación. Para la comunidad en general, debe ser la norma conforme a la cual se evalúe nuestro comportamiento.

Régimen de prevención de conflictos de interés

Conflicto de interés es toda situación por la cual el funcionario en ejercicio de sus funciones, se enfrenta a situaciones en las que tiene interés particular y directo, o lo tiene su cónyuge, compañero/a permanente o parientes dentro del 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad o 1° civil, o su/s socio/s de hecho o de derecho.

Este régimen comprende conductas generales que deben seguir quienes deben aplicar el Código de Ética y Conducta.

PEP Estándar Internacional – Definición GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)

Personas Expuestas Políticamente, PEP

Son los individuos que desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas en un país extranjero, por ejemplo, jefes de Estado o de un gobierno, políticos de alta jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, altos ejecutivos de empresas estatales, funcionarios importantes de partidos políticos.

Las relaciones comerciales con los miembros de las familias o asociados cercanos de las PEP involucran riesgos en cuanto a la reputación similares a las mismas PEP. Esta definición no comprende a las personas de rango medio ó más bajo de las categorías precitadas.

Recomendación 6 - GAFI

En relación con las Personas Expuesta Políticamente, las instituciones financieras, además de implementar las medidas sobre procedimientos de debida diligencia normales deberían:

- a) Contar con sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si el cliente es una persona políticamente expuesta.
- b) Obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con esos clientes
- c) Tomar medidas razonables para determinar cuál es el origen de la riqueza y el origen de los fondos
- d) Llevar a cabo una vigilancia permanente más exhaustiva de la relación comercial.

PEP - SARLAFT (Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Gestión del Riesgo)* – Normatividad vigente**Personas públicamente expuestas**

El SARLAFT debe prever procedimientos más exigentes de vinculación de clientes y de monitoreo de operaciones de personas nacionales o extranjeras que por su perfil o por las funciones que desempeñan pueden exponer en mayor grado a la entidad al riesgo de LA/FT, tales como: personas que por razón de su cargo manejan recursos públicos, detentan algún grado de poder público o gozan de reconocimiento público.

En tal sentido, el SARLAFT debe contener mecanismos efectivos, eficientes y oportunos que permitan identificar los casos de clientes que responden a tales perfiles, así como procedimientos de control y monitoreo más exigentes respecto de las operaciones que realizan.

En todo caso, el estudio y aprobación de la vinculación de tales clientes deberá llevarse a cabo por una instancia o empleado de jerarquía superior al que normalmente aprueba las vinculaciones en la entidad.

El evento en que un cliente o beneficiario final pase a ser una persona públicamente expuesta en los términos señalados en el presente numeral, deberá informarse a la instancia o empleado de jerarquía superior encargado de tales vinculaciones.

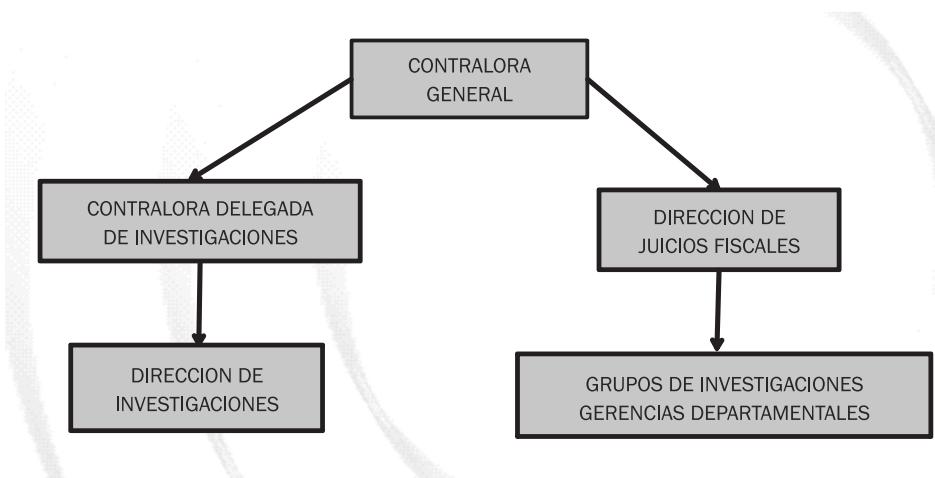
| PEP - ESTÁNDAR INTERNACIONAL VS. COLOMBIANO

GAFI	COLOMBIA
<p>1. Personas Expuestas Políticamente - PEP</p> <p>2. En un país extranjero</p> <p>3. Desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas .</p>	<p>1. Personas Expuestas Públicamente - PEP</p> <p>2. Personas nacionales o extranjeras</p> <p>3. Personas que por razón de su cargo</p> <ul style="list-style-type: none">• Manejan recursos públicos• Detentan algún grado de poder público• Gozan de reconocimiento público .

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Intervención de Edgar Henry Ortiz, Contraloría General de la República

| DELEGACIÓN DE FUNCIONES PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL



| DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN RESPONSABILIDAD FISCAL INDAGACIÓN PRELIMINAR



Competencia

La competencia para conocer del proceso de Responsabilidad Fiscal, radica en el nivel directivo y ejecutivo, lo cual otorga función de policía judicial.

En el nivel Central conocen el Contralor General, el Contralor Delegado de Investigaciones, el Director de Investigaciones, el Director de Juicios Fiscales y los directores de Vigilancia Fiscal (Indagación Preliminar)

En el nivel desconcentrado conocen los coordinadores de gestión de los grupos de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva y los coordinadores de gestión de los grupos de Vigilancia (Indagaciones Preliminares)

Caducidad

La acción fiscal caduca si después de cinco años de la finalización del hecho o acto administrativo que genere el daño al patrimonio público no se ha iniciado el proceso de responsabilidad fiscal.

La caducidad es una sanción que impide iniciar el proceso.

Indagación preliminar La indagación preliminar tiene por objeto establecer la competencia, la ocurrencia de la conducta y el daño del patrimonio público, la entidad afectada, e identificar a los presuntos responsables fiscales (públicos y/o particulares).

Trámite de la Indagación preliminar

- ❖ Auto comisorio
- ❖ Auto de apertura de indagación preliminar
- ❖ Decreto de pruebas
- ❖ Auto de cierre de indagación preliminar: se profiere auto de archivo o se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal

Actuación administrativa tendiente a establecer la responsabilidad fiscal de un gestor fiscal que cause un daño al patrimonio público, con dolo o culpa grave. (Art. 1, Ley 610 y Sentencia C-619 de 2002).

Marco Normativo

- ❖ Ley 42 de 1993
- ❖ Ley 610 de 2000
- ❖ Resolución 5500 de 2004
- ❖ Resolución 5868 de 2007

Prescripción

El proceso de responsabilidad fiscal prescribe en un término de cinco **años, contados** a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Se podrá declarar la prescripción de oficio o a petición de parte.

Características del proceso de responsabilidad fiscal

- 1) Es independiente y autónomo.
- 2) Es una actuación administrativa.
- 3) El fallo con responsabilidad es título ejecutivo y presta mérito ejecutivo inmediatamente, sin necesidad de decisión judicial.
- 4) Es resarcitorio, no sancionatorio.
- 5) Su fallo con responsabilidad crea inhabilidad para el responsable fiscal.

Objeto del proceso de responsabilidad fiscal

El resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o (gravemente) culposa de quienes realizan Gestión Fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Gestores fiscales

Son las personas que tienen disposición jurídica, y económica del bien o recurso público.

- Funcionarios públicos que realizan (Gobernador)
- Particulares que manejen fondos o bienes del Estado (Contratista)

Se inicia el proceso de responsabilidad fiscal

- ❖ De oficio por un hallazgo fiscal
- ❖ Por denuncias y quejas ciudadanas
- ❖ A petición de la entidad afectada
- ❖ A consecuencia del control excepcional

Etapas

Primera instancia:

- Auto de apertura, se notifica a los presuntos responsables.
- Práctica de pruebas, existe libertad probatoria y libre apreciación de las mismas.
- Auto de imputación de responsabilidad fiscal.
- Fallo con o sin responsabilidad fiscal, es apelable y consultable.

Segunda instancia:

- Auto que convoca conocimiento
- Práctica de pruebas, de oficio
- Fallo con o sin responsabilidad fiscal

Cesación de la acción fiscal

- ❖ La acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción.
- ❖ Hecho inexistente o no dañoso.
- ❖ Inexistencia de gestión fiscal.

- ❖ Causal eximente de responsabilidad fiscal.
- ❖ Resarcimiento total del daño.
- ❖ En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal se podrá solicitar el archivo.

Medidas cautelares

En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables, necesidad de caución. Art. 12 de la Ley 610 de 2000.

Proceso verbal

El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación (Artículo 111 de la Ley 610 de 2000. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.)

a. Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente, expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

Artículo 112. "...a. Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante."

Audiencia de descargos

Tiene por objeto:

1. Ejercer el derecho de defensa.
2. Presentar descargos a la imputación.
3. Rendir versión libre.

4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.
5. Notificar medidas cautelares.
6. Interponer recurso de reposición.
7. Aportar y solicitar pruebas.
8. Decretar o denegar la práctica de pruebas.
9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos.
10. Formular recusaciones.
11. Interponer y resolver nulidades.
12. Vincular nuevo presunto responsable.
13. Decidir acumulación de actuaciones.
14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.

Audiencia de decisión

1. Alegatos
2. Fallo.

Monto de las indagaciones preliminares

- ❖ Contraloría Delegada de Investigaciones: 23 indagaciones preliminares por \$ 3.371 millones
- ❖ Grupos de investigaciones gerencias departamentales: 207 indagaciones preliminares por \$ 35.662 millones
- ❖ Dirección de Investigaciones Fiscales: 25 indagaciones preliminares por \$ 3.481 millones

Procesos de responsabilidad fiscal, PRF

- ❖ Contraloría Delegada de Investigaciones: 136 PRF. Por \$ 442.901 millones
- ❖ Grupos de investigaciones gerencias departamentales: 3.058 PRF. Por 1.848.025 millones
- ❖ Dirección de Investigaciones Fiscales: 243 PRF por \$ 463.300 millones.



RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS POR DELITOS DE CORRUPCIÓN, SIN PERJUICIO DE SU RESPONSABILIDAD PENAL

Raúl Sánchez, abogado penalista, experto en Derecho Penal Internacional, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

En esta parte se analiza el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación nacional (Código Penal) y se identifican las necesidades para fortalecer su aplicación.

El artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas habla del compromiso del Estado para sancionar a las empresas. Otras convenciones, como la de Palermo, establecían ya esa necesidad.

Sin embargo, no ha existido un acuerdo en torno a la existencia o no de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las posiciones van desde quienes se han opuesto siempre a la criminalización de las actividades antijurídicas de los entes colectivos, que hasta ahora han sido la mayoría; quienes piensan que tales actos podrían conllevar solamente medidas de seguridad o administrativas, o simplemente consecuencias accesorias a las penas; aquellos que demandan la construcción de un marco teórico y legislativo para criminalizar sus acciones; hasta quienes se declaran abiertamente partidarios de convertir en sujetos activos del derecho penal a las empresas.

Es por ello importante que el fallo de la Corte Constitucional se incline por la posibilidad de imponer, a las actividades ilícitas de las empresas, algunas de las penas que vienen previstas en el Código Penal. Esto, si se considera que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad penal de las personas naturales, por el principio de identificación, donde en una organización las conductas punibles y los aspectos subjetivos se derivan de los directivos y los operarios, pues son quienes comprometen y desarrollan esas conductas.

Algunas legislaciones, como la española, han tratado de superar los problemas de la responsabilidad de los entes colectivos consignando consecuencias accesorias a las penas. El Código Penal Español habla de unas consecuencias accesorias para las empresas, como lo son la cláusula de em-

presas locales, disolución de la sociedad o liquidación de la misma, suspensión de las actividades no más de cinco años y la inhabilidad para hacer negocios en el medio que cometió la conducta. El juez en este caso tiene la libertad de aplicarlas todas o solo algunas.

En Chile se ha avanzado en el tema a partir de la definición de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica (Ley N. 20.393). Esta ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contiene los delitos que atribuyen responsabilidad (lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros), así como el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas. Esta ley aplica tanto a las personas jurídicas de derecho privado con o sin fines de lucro, como a las empresas del Estado.

La ley chilena define como sanciones la disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica, la prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado, el pago de multas de entre 200 y 20.000 unidades tributarias mensuales, comiso (confiscación), pago en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión de recursos realizada por la persona jurídica para cometer el o los delitos y la eventual publicación de un extracto de la sentencia en un diario de circulación nacional.

Indiscutiblemente, las personas jurídicas tienen un papel determinante. No es lo mismo imponerle una multa a una persona que a una empresa. Se puede trasladar la responsabilidad hacia la organización; la sanción a una empresa tiene sin duda un impacto mediático y una afectación a la reputación.

En 1979 se creó una comisión redactora del Código Penal, en la cual se propusieron sanciones: cancelar la patente; suspensión del nombre; prohibición directa o por interpuesta persona para actuar; cierre de establecimiento de empresa; disolución de la sociedad comercial. Ya hace 32 años se pensaba en esta posibilidad. Las demás comisiones que se conformaron, como por ejemplo, la del Decreto 100 de 1980 no lo tuvieron en cuenta.

Art. 38 de la Constitución Política: Derecho de libre asociación. Art. 333: limita la acción de la libertad de empresa. Art 338: la evasión del pago del impuesto a la renta deberá sancionada penalmente.

En 1999 se trabajó en un proyecto de ley sobre “el seguro ecológico” que sanciona penalmente a las empresas (Ley 499, art 26), sin embargo no se establece un mecanismo. Sobre esta ley se establece una acción pública de inexequibilidad, pues como estaba reseñada la norma violaba principios constitucionales como el de legalidad. A través de la sentencia C 293 la Corte declaró inexequible este artículo.

Código Penal de 1980. Persona jurídica: en los eventos en los que el hecho punible sea el imputable, el juez competente podría imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los directivos como a los funcionarios.

Tanto la Ley 600 como la Ley 906 establecen instrumentos procesales para sancionar a la persona jurídica como: cancelación de personería jurídica; cierre de los establecimientos, o cuando en cualquier momento del proceso un funcionario demuestre que se ha dedicado a actividades ilegales ordenará a la entidad competente que proceda a la cancelación de su personería jurídica.

Sin embargo, a través de las herramientas procesales de las leyes 600 y 906 no se puede sancionar penalmente a las personas jurídicas.

¿Qué sucede con la marca? Es el valor más importante de una empresa. Una sanción a la que puede llegar es la extinción de la marca, y no solo de la personería jurídica. Esta sanción debería integrarse a la sanción penal, pues muchas empresas cambian de nombre cuando se les cancela la personería jurídica.

Aun no se ha encontrado la primera decisión sobre estos delitos.

En la actualidad se logra una aproximación más concreta frente a la definición de la responsabilidad social de la persona jurídica en el Estatuto Anticorrupción (artículo 34). Esto plantea dos retos: por un lado la necesidad de definir medidas normativas y por otro precisar quiénes serán los responsables de definirlas.



**TRATAMIENTO DEL SOBORNO Y LA
MALVERSACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA
EN COLOMBIA**

TRATAMIENTO DEL SOBORNO Y LA MALVERSACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN COLOMBIA

Intervención de Álvaro Osorio Chacón, director de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General de la Nación.

1. La corrupción pública y privada

Ordinariamente se define la corrupción como el aprovechamiento de los recursos públicos o de la condición de servidor público en beneficio particular,¹ o el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal.²

El concepto de corrupción normalmente se vincula a la actuación de los agentes públicos, por la realización de actos constitutivos de abuso de un poder o de una facultad pública para obtener un beneficio privado en detrimento del interés general.

No obstante, hoy en día el concepto de corrupción se ha ampliado al sector privado, para referirse a conductas que suponen el aprovechamiento de su posición o el abuso de su cargo por parte de funcionarios o directivos de entidades privadas (sociedades, asociaciones, fundaciones) para realizar actuaciones fraudulentas o incurrir en sobornos.

Estas conductas no sólo lesionan intereses privados como pudiera en principio pensarse, dado que las defraudaciones que se cometen en las empresas y aún los actos de soborno que se realizan en ellas, tienen generalmente una proyección pública, por cuanto perturban la marcha de las sociedades (muchas de las cuales están encargadas de la prestación de servicios públicos, como el financiero, el energético, de comunicaciones y de transporte), distorsionan la libre competencia, afectan la economía de mercado y por consiguiente lesionan el interés de la comunidad en el funcionamiento eficiente de los mercados.

1 Restrepo, Planteamiento Teórico. Corrupción Política. Citado en Propuesta de una Política de Estado para el Control de la Corrupción. Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción. 2006.

2 Tarkowski. Citado por Carlos Guillermo Castro Cuenca, en Corrupción y Delitos contra la Administración Pública. 2009.

En un sentido amplio, la corrupción podría definirse “como toda conducta desviada, fraudulenta y desleal en la gestión de intereses públicos o privados que persigue en todo caso la obtención de un beneficio privado (egoísta), generalmente económico, para el sujeto que comete el acto ilícito o para un tercero, en detrimento del interés público y de intereses privados particulares y colectivos”³.

Es de anotar también que los dos tipos de corrupción –pública y privada- suelen tener conexiones, porque la corrupción de los servidores públicos con frecuencia se origina en acciones indebidas de los particulares interesados en obtener de ellos acciones u omisiones funcionales que los favorezcan, por ejemplo por la vía del ofrecimiento o entrega de beneficios indebidos o del tráfico de influencias.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción no define la corrupción, en su lugar opta por describir aquellos actos respecto de los cuales existe consenso en el sentido de considerarlos “corruptos” en cualquier cultura y sociedad.

Entre ellos incluye el soborno y la malversación o peculado de bienes, tanto en el sector público como en el privado, teniendo en cuenta que estas conductas, como formas de corrupción, producen los siguientes efectos:

- ◆ Reducen la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho.
- ◆ Deterioran la ética pública y la moralidad social.
- ◆ Quebrantan el interés público en aras de la satisfacción de un interés personal.
- ◆ Afectan la legitimidad de las decisiones del gobierno y el funcionamiento de la administración pública.
- ◆ Vulneran la eficiencia y la eficacia de la administración pública, así como la correcta destinación de los recursos públicos, lo cual resulta especialmente lesivo cuando éstos se encuentran destinados a satisfacer necesidades de la comunidad en materias como salud, seguridad social, saneamiento básico, acueducto y alcantarillado.
- ◆ Comprometen el desarrollo económico sostenible.
- ◆ Vulneran los principios de objetividad y legalidad.
- ◆ Distorsionan la libre y leal competencia en el sector privado, así como las condiciones competitivas internacionales.
- ◆ Perturban el funcionamiento transparente y eficiente de la economía de mercado.

³ CARBAJO CASCÓN, Fernando. Corrupción y Derecho Privado Patrimonial. En Corrupción y Delincuencia Económica. Monografías Módulo Penal, Universidad Santo Tomás. Editorial Ibáñez. Bogotá, D.C., 2008. Pág. 204

- ◆ Afectan la confianza de los inversionistas en las empresas privadas.
- ◆ Lesionan intereses colectivos cifrados en el funcionamiento eficiente de la empresa privada y de la economía en su conjunto.
- ◆ Vulneran en consecuencia el orden económico y social.
- ◆ Generan a su vez perjuicio patrimonial a las empresas.

2. El tratamiento del soborno y la malversación como formas de corrupción en la UNCAC.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su capítulo III, relativo a la penalización y aplicación de la ley, prevé que los Estados parte adoptarán las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, las conductas de soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, el soborno en el sector privado y malversación o peculado de bienes en el sector privado.

En cuanto se refiere al soborno de funcionarios públicos nacionales, el artículo 15 de la Convención contempla como tal:

“a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

“b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

Por su parte, respecto del soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, el artículo 16 de la Convención contempla como constitutivos de esta conducta, por una parte, *“la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”*.

Y por otra, “*la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales*”.

De igual manera, la Convención consagra en el artículo 21 el soborno en el sector privado, referido a las conductas que se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, consistentes en:

“*a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.*

“*b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar*”

Ahora, respecto de la malversación o peculado de bienes, la Convención prevé que los Estados parte habrán de tipificar estas conductas, tanto en el sector público como en el privado, así:

El artículo 17, dispone que cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, “*la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo*”.

En tanto que el artículo 22 contempla similar previsión respecto del sector privado, “*cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo*”.

El propósito que persigue la Convención al instar a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito las conductas antes mencionadas, es, claramente, el de combatir eficazmente la corrupción, entendiendo que la penalización de comportamientos vinculados a este flagelo encaja en el enfoque amplio y multidisciplinario allí propuesto con dicho cometido.

3. La implementación en Colombia de las normas de la UNCAC sobre soborno y malversación.

3.1. Código Penal:

3.1.1. El soborno.

La legislación penal colombiana no utiliza la denominación de soborno para referirse a todas las conductas descritas en el artículo 15 de la Convención; éstas se encuentran definidas en el Código Penal como delitos de concusión, cohecho por dar u ofrecer, cohecho propio e impropio (arts. 404 a 407 C.P.).

Por su parte, el soborno de funcionarios públicos extranjeros, consagrado en el artículo 16 de la Convención, está previsto en nuestra legislación penal bajo la denominación de soborno transnacional, en el artículo 433 del Código Penal, norma introducida como delito en la Ley 599 de 2000, en cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada mediante la Ley 412 de 1997). Sin embargo, en esta disposición no se prevé la conducta de soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, incluida también en el citado precepto de la Convención. Y en ella se contempla un sujeto activo calificado (el nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo), exigencia que no corresponde a lo previsto en el citado artículo 16 de la UNCAC, en el cual el sujeto activo del soborno transnacional es indeterminado.

En el artículo 433 del Código Penal, se define el soborno transnacional así:

“El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Particular importancia tiene la tipificación de esta conducta, toda vez que el cohecho es un fenómeno ampliamente difundido en las transacciones económicas internacionales. En el caso de nuestro país hay diversos sectores propensos al soborno, como los de defensa, construcción, transporte y comunicaciones, en los cuales son frecuentes las transacciones comerciales internacionales.

Llama la atención en todo caso que, a pesar de encontrarse tipificada desde el año 2000, y de ser una conducta que puede tener ocurrencia en nuestro país por las razones antes mencionadas, solo aparezcan registradas en los sistemas de información de la Fiscalía General de la Nación tres investigaciones previas en relación con el delito de soborno transnacional, bajo el procedimiento de

la Ley 600 de 2000, dos de ellas con resolución inhibitoria ejecutoriada; mientras que no figura una sola investigación por el referido delito bajo el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004⁴.

Por otra parte, se considera de importancia tipificar como delito el soborno a funcionarios de organizaciones internacionales públicas –como ya se hace en el proyecto de Estatuto Anticorrupción-, en cuanto Colombia es un importante receptor de cooperación internacional. Y al hacerlo, nuestra legislación se ajusta a lo exigido en el artículo 16 de la UNCAC, sin embargo, “el artículo de la Convención, al referirse específicamente a ‘organizaciones internacionales públicas’ podría tener un alcance limitado si se considera que buena parte de los programas y proyectos de la cooperación internacional, se ejecutan por organismos o instituciones de derecho privado mediante diversos arreglos y modalidades contractuales”⁵.

En fin, el delito de soborno en el sector privado no tiene definición típica en el Código Penal Colombiano, aunque, como se verá a continuación, está incluido en el proyecto de Estatuto Anticorrupción recientemente aprobado en el Congreso de la República, bajo la denominación de Corrupción Privada.

3.1.2. La malversación.

Tampoco utiliza el Código Penal el término “malversación”. A esta conducta se refiere dicho estatuto como peculado, cuando su autor es un servidor público, y como abuso de confianza, cuando en ella incurren los particulares. Además, se contemplan como delitos contra el sistema financiero dos conductas que contienen elementos propios de la malversación en el sector privado, como son las de utilización indebida de fondos captados del público (art. 314 C.P.) y operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315 ibídem).

El peculado está contemplado en el Código Penal, en las distintas modalidades propuestas por la Convención, a saber: peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y peculado por uso (arts. 397 a 399 C.P.). Pero adicionalmente, en dicho código se consagra el peculado culposo (art. 400 ibídem), modalidad no prevista en la UNCAC, porque en ésta solo se contemplan las conductas constitutivas de malversación o peculado que se cometan intencionalmente, esto es, en forma dolosa.

Por su parte, el artículo 249 del Código Penal consagra, bajo la denominación de abuso de confianza, las conductas de apropiación y de uso indebido de bienes que se hayan confiado o entregado a una persona a un título no traslativo de dominio, modalidad delictual que comprende de manera general

⁴ Consulta a los sistemas de información SIJUF y SPOA efectuada el 25 de mayo de 2011

⁵ Transparencia por Colombia. Cuadernos de Transparencia. No. 11, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Derecho Interno Colombiano. Gtz, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo y Transparencia por Colombia. 2^a edición, diciembre de 2006, Pág. 107.

algunas de las acciones previstas en el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, como malversación o peculado de bienes en el sector privado, realizadas por un sujeto activo indeterminado, pero no alude específicamente a la comisión de esas conductas en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, sobre bienes, fondos o títulos privados, o cualquier otra cosa de valor, confiados por razón de su cargo a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, como lo prevé la norma de la UNCAC.

Aunque en términos generales la malversación en el sector privado podría adecuarse a la definición del delito de abuso de confianza, ello no resulta suficiente para los fines de la Convención, dado que esta conducta protege el bien jurídico del patrimonio económico, mientras aquélla tutela además el orden económico y social. Ciertamente, del tipo penal descrito en la Convención surge un reproche contra los directivos o funcionarios de una entidad del sector privado, por burlar la confianza masiva que en ellos se deposita, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, al incurrir en malversación o peculado respecto de bienes, fondos o títulos privados o cualquier otra cosa de valor que se les haya confiado por razón de su cargo.

Es importante anotar, por otra parte, que en el proyecto de Estatuto Anticorrupción se contempla como una forma de malversación de bienes en el sector privado, la denominada administración desleal, conducta con la cual no solo se protege el patrimonio económico, sino también el orden económico y social.

El abuso de confianza y la administración desleal representan dos grados de afectación al mismo bien jurídico, sólo que el primero se refiere a conductas de apropiación o uso indebido de bienes confiados o entregados a título no traslativo de dominio a un sujeto activo indeterminado, mientras el segundo alude a otros actos de disposición fraudulenta de los bienes confiados a un directivo o funcionario de una sociedad, en perjuicio de los socios.

Adicionalmente, como se dijo, en nuestra legislación se contemplan dos conductas delictivas, en virtud de las cuales se sancionan comportamientos que estarían incluidos en el concepto de malversación en el sector privado.

La primera es la de utilización indebida de fondos captados del público, que se refiere a la conducta del director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las superintendencias Financiera o de Economía Solidaria, que utilizando fondos del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades.

Y la segunda, la de operaciones no autorizadas con accionistas o asociados, que atañe al comportamiento del director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las superintendencias Financiera o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales.

3.2. Proyecto de Estatuto Anticorrupción

En el proyecto de Estatuto Anticorrupción⁶ que está a punto de convertirse en ley de la República, se incluyen tipos penales y se modifican algunas disposiciones, con el propósito de ajustar nuestra legislación a los términos exigidos en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y ofrecer al Estado instrumentos para combatir este flagelo. Se trata de los tipos penales de corrupción privada y administración desleal, por primera vez previstos en nuestra legislación, como también reformas a la descripción típica del soborno transnacional. Veamos:

La corrupción en el sector privado aparece contemplada en el artículo 20 del Estatuto, que adiciona un artículo 250 A al Código Penal, así:

“El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de 10 hasta de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación que, por sí o por interpuesta persona, reciba, solicite o acepte una dádiva o cualquier beneficio no justificado en perjuicio de aquella.

“Cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la sociedad, asociación o fundación, la pena será de 6 a 10 años”.

Se regulan de esta manera las distintas alternativas de comportamiento previstas en el artículo 21 de la Convención, aunque con algunas variaciones, pues no se hace precisión acerca de las actividades económicas, financieras o comerciales en el curso de las cuales han de cometerse las conductas de soborno en el sector privado. Tampoco se menciona la finalidad de actuar o abstenerse de hacerlo que se persigue con el acto de soborno, en cambio de esta exigencia se incluye la de favorecer injustificadamente al directivo o funcionario de la entidad privada, en perjuicio de ésta.

⁶ El texto definitivo del Proyecto de Ley No. 174 de 2010 Cámara – 142 de 2010 Senado, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, fue aprobado en sesiones plenarias de los días 13, 25, 26, 28 de abril y 3 y 4 de mayo de 2011.

Con esta conducta antijurídica, no sólo se afecta el patrimonio económico, sino también el orden económico y social, por cuanto se burla la confianza masiva que se deposita en los directivos o funcionarios de las empresas privadas, sobre todo por los accionistas (especialmente los minoritarios que no tienen control sobre las decisiones) y los acreedores cuya garantía es el patrimonio de la empresa.

En el artículo 21 del mismo proyecto, que adiciona un artículo 250 B al Código Penal, se tipifica el delito de administración desleal, en los siguientes términos:

“El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de 10 hasta 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El comportamiento ilícito allí previsto se circumscribe al ámbito societario y no a la genérica administración desleal de patrimonio ajeno. En el mismo quedan comprendidas entonces, varias conductas que no se subsumen en el delito de abuso de confianza, como por ejemplo la abusiva prestación de garantías con bienes de una sociedad para afianzar deudas personales.

Para su configuración se exige un actuar fraudulento, que se traduce en disponer de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta, con infracción del deber propio del cargo y en desmedro del interés patrimonial de la sociedad.

En la exposición de motivos del proyecto de ley conocida como Estatuto Anticorrupción, se señaló en relación con las conductas de corrupción privada y administración desleal lo siguiente:

“Se consagran nuevas conductas punibles relacionadas con la corrupción en el sector privado, es decir, los eventos en los cuales la desviación de intereses mediante el abuso del cargo se presenta en relaciones entre particulares.

En este sentido, se consagra como nuevo tipo penal la corrupción privada y seguidamente el delito de administración desleal. El modelo para la consagración de estos delitos es la legislación española, pues en la misma se ha consagrado tradicionalmente el delito de administración desleal desde el Código penal de 1995, mientras que el delito de corrupción privada está tipificado en la ley orgánica 010 de 2010 que reformó la legislación punitiva de ese país.

Ambos delitos tienen elementos restrictivos muy especiales, pues no solamente exigen para su configuración la existencia de un acto desviado, sino también la creación de un perjuicio al ente al cual se representa o en el cual se labora”.

Finalmente, el artículo 34 del citado Estatuto contempla el **soborno transnacional**, con algunas modificaciones respecto de su descripción original contenida en el artículo 433 del Código Penal:

“El que de u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de éste o de un tercero, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de 9 a 15 años y multa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Parágrafo: para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

Como puede verse, con esta nueva descripción se ajusta el tipo penal de **soborno transnacional** a lo preceptuado en el artículo 16 de la Convención, pues en primer lugar se prevé un sujeto activo indeterminado; y en segundo término, se incluye el concepto de servidor público extranjero, en el cual quedan comprendidos los funcionarios de las organizaciones internacionales públicas. Definición que se inspira al parecer en la contemplada en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE, de 1997, de la cual Colombia aún no es parte.⁷

Al respecto se indicó en la exposición de motivos del proyecto de ley:

“Se modifica el sujeto activo de la conducta del delito transnacional, en el sentido previsto en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en la cual no se establece que éste sea calificado como lo es en nuestra legislación. Asimismo, se incluye a los funcionarios de organizaciones internacionales públicas entre quienes pueden ser objeto de soborno a cambio de realizar u omitir cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, acorde con lo previsto en la misma convención”.

Para finalizar, es importante señalar que en el proyecto en mención se adicionan los artículos referidos al peculado por aplicación oficial diferente y al peculado culposo, en el sentido de incluir

⁷ De acuerdo con el artículo 1, numeral 4 de esta Convención, se entiende para los fines de la misma como “servidor público extranjero”, “toda persona que detente una posición legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para una agencia pública o empresa pública, o cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional”.

como circunstancia de agravación de estas conductas, que recaigan sobre recursos destinados a la seguridad social integral (artículos 27 y 28).

Un vacío existente en nuestra legislación penal se procuró colmar cuando el Gobierno Nacional presentó ante el Congreso de la República la iniciativa de Estatuto Anticorrupción, al incluir el tipo penal de **cohecho por acto ilegal ya cumplido**⁸ -modalidad no prevista en la UNCAC-, con el cual se pretendía sancionar al servidor público que sin mediar un acuerdo previo recibiera, para sí o para otro, dinero u otra utilidad, por acto ilegal ya cumplido, esto es, por haber retardado u omitido un acto propio de su cargo, o ejecutado uno contrario a sus deberes oficiales. Sin embargo, en el curso de los debates parlamentarios esta norma fue improbadamente excluida del proyecto de Estatuto Anticorrupción, pese a tratarse de una forma de cohecho que, como las otras previstas en nuestra legislación, constituye un acto de corrupción.

4. Conclusiones

4.1. El concepto de corrupción previsto en la UNCAC se refiere tanto al sector público como al privado, y en los dos casos supone el indebido aprovechamiento de la posición o del cargo, con el fin de obtener un beneficio privado, en detrimento del interés general, colectivo o social. Ejemplo de ello son las conductas de soborno y malversación pública y privada.

4.2. La legislación penal colombiana se ajusta a los requerimientos de la UNCAC, en cuanto se refiere a la tipificación de las distintas formas de malversación pública (peculado). Asimismo, en cuanto a la corrupción en el sector público, salvo en lo relativo al soborno de funcionarios de organizaciones internacionales públicas; sin embargo, las reformas que en esta materia fueron aprobadas recientemente en el Congreso de la República ajustan el artículo 433 del Código Penal a los términos de la Convención.

4.3. Ahora, en lo atinente al soborno y la malversación o peculado de bienes en el sector privado, en el proyecto de Estatuto Anticorrupción se incluyen dos tipos penales que aproximan nuestra legislación a los requerimientos de la UNCAC, como son los de corrupción privada y administración desleal, inspirados en la legislación española.

Los tipos penales de abuso de confianza, utilización indebida de fondos captados del público y operaciones no autorizadas con accionistas, previstos en nuestra legislación, contemplan como pu-

8 El texto, contenido en el artículo 27 del Proyecto de Ley 142 de 2010 Senado, era del siguiente tenor “Cohecho por acto ilegal ya cumplido. El artículo 405 de La Ley 599 de 2000 tendrá un segundo inciso, el cual quedará así: Si el servidor público recibe, para sí o para otro, dinero u otra utilidad por acto ilegal ya cumplido, sin que medie acuerdo previo con la persona que hace la entrega, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público”.

nibles algunas modalidades de malversación o peculado de bienes en el sector privado, consagradas en el artículo 22 de la UNCAC.

4.4. Como puede verse, nuestra legislación se ajusta a los términos de la UNCAC, e incluso va más allá, en la penalización de las conductas de malversación o peculado por un funcionario público, como formas de corrupción.

Por su parte, en cuanto al soborno y la malversación en el sector privado, así como al soborno transnacional, las reformas que están a punto de convertirse en ley de la República, contenidas en el proyecto de Estatuto Anticorrupción, aproximan nuestra legislación a los términos exigidos en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, sobre penalización de tales comportamientos.



**APROXIMACIÓN LEGISLATIVA A
LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN
COLOMBIA**

APROXIMACIÓN LEGISLATIVA A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA

Fabio Espitia Garzón, Profesor Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario⁹

En esta parte se presenta un análisis sobre la Ley de Extinción de Dominio en Colombia.

1. Premisas

Como se ha sostenido de tiempo atrás, el derecho penal moderno se ha visto contaminado no sólo por los principios del iluminismo, sin por la creencia de que éstos son inmodificables, en cuanto base de garantías fundamentales, cuanto razón asiste al afirmarse, de un lado, que “uno de los ‘ídolos’ que se repiten en todos los tratados de derecho penal (dogmáticos e históricos) es el convencimiento de que una ciencia del derecho penal sólo comenzó con el Iluminismo y con la Revolución Francesa”,¹⁰ y de otro, que esto ha sido aceptado “pasivamente, sin objeciones críticas que pueda decirse sean verdaderamente originales”.¹¹

Ese derecho penal burgués, que basado en la falsa creencia conforme a la cual la única respuesta estatal atendible al comportamiento desviado debe concretarse en el individuo, al que debe rodearse de garantías, no sólo ha obnubilado su campo de acción sino que ha aportado limitaciones -como las derivadas de los principios de legalidad, prohibición de retroactividad y personalidad de la pena-, se encuentra hoy replanteado por Convenciones internacionales, que han entendido en mejor forma que la lucha contra la criminalidad organizada pasa por los aspectos patrimoniales.

Por eso, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 y aprobada mediante la Ley 67

9 Doctor en Tutela Jurídica de la Persona. Abogado litigante y consultor en materia penal. Autor de numerosos textos en derecho procesal penal y derecho romano. Miembro de la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Penal Colombiano de 1991. Ex fiscal delegado de la Unidad de Fiscalías delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia. Profesor Titular de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde regenta las cátedras de procedimiento penal y aspectos civiles del proceso penal.

10 I. MEREU, *Storia del diritto penale nel'500. Studi e ricerche*, I, Pompei, Morano, 1964, p. 77.

11 U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*², Torino, Fratelli Boca, 1932, p. 6.

de 1993, previó como propósito comprometer a los Estados signatarios en la adopción de medidas orientadas a “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”, y que los Estados debían optar mecanismos para hacer efectivo el decomiso del producto del delito o su valor equivalente (art. 5º); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada mediante Resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000 en Palermo (Italia), y aprobada mediante la Ley 800 de 2003, estableció que los Estados parte debían adoptar en la medida que lo permitiese su ordenamiento jurídico interno, las medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto de los delitos comprendidos en dicha Convención, de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto, de bienes, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de esos delitos, de ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, y de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de aquellos con los que se haya entremezclado el producto del delito, asimismo, motivó a los Estados Parte para considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas (art. 12); y (iii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General en Nueva York el 31 de octubre de 2001 y aprobada mediante la Ley 970 de 2005, estableció como deberes de Cada Estado Parte, adoptar: “1. [...] en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención [...] 4º. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo. 5º. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación [...]” (art. 31).

La extinción del dominio -como se le denomina en instrumentos internacionales- o “decomiso”, no es sino la consecuencia jurídica de una situación relevante para el derecho, conlleva un afortunado desestímulo al ejercicio de actividades ilícitas como medio de lucro, su naturaleza la orienta a realizar los efectos jurídicos de una situación viciada y no a sancionar a su autor, pues ello es efecto penal independiente.

Es el reconocimiento práctico de la función social de la propiedad, desconocida cuando los bienes son utilizados para hacer posibles dichas actividades o se derivan de ella, pues al ser este

un derecho de permanente constitución, la interrupción del fin que le es propio y que integra su esencia social lo vicia. Las Convenciones citadas ofrecen la oportunidad para reflexionar sobre la implementación de los instrumentos que allí se señalan con miras a la lucha contra el delito, pero la última de las mencionadas, objeto aquí de análisis con miras al examen sobre su aplicación, permite establecer el estado legislativo y jurisprudencial nacional sobre las medidas patrimoniales concebidas para frenar la principal motivación de los actos de corrupción: la obtención de millonarios recursos en detrimento de los patrimonios públicos.

2. Implementación

La pérdida del derecho de dominio, independientemente de la denominación que se le dé, no ha sido una institución ajena a la tradición jurídica nacional, ya el constituyente de 1886 había colocado matices de referencia a lo público cuando se refería a la propiedad, noción revitalizada en la reforma de 1936 con la introducción de los conceptos de propiedad como función social y de interés social, al lado de los motivos de utilidad pública, al paso que la ausencia de función social en la propiedad se erigió en fundamento de expropiación sin previa indemnización, mientras que su garantía en la actualidad supone no sólo el que haya sido adquirido conforme a las leyes civiles, sino su conformidad con la utilidad pública, el interés social y el principio de solidaridad (arts. 1º, 58 y 333 C.N.)¹².

Así como no son extrañas figuras de “decomiso” en otras materias¹³, tampoco lo han sido en materia penal, de tiempo atrás se ha regulado el comiso sobre bienes y efectos del delito, que supone obviamente sentencia judicial que declare la responsabilidad penal y en consecuencia, se encuentra vinculado al viejo principio de personalidad de la pena, lo que impide perseguir los bienes que se

12 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-066 del 24 de febrero de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “Que se plasme la extinción del dominio de los bienes aludidos en el decreto no se opone a la Constitución Política. Por el contrario, ello constituye una reiteración de claros principios constitucionales, entre ellos el de prevalencia del interés colectivo (art. 1º, C.N.) y el de la función social de la propiedad (art. 58). Esta figura, que no es específica del artículo 34 de la Constitución ni tiene en él su única fuente, corresponde a una de las concepciones jurídicas de mayor importancia dentro del proceso evolutivo de nuestro derecho público. A partir de la reforma constitucional de 1936, la ley, la doctrina y la jurisprudencia la fueron moldeando sin necesidad de un texto constitucional que la consagrara expresamente, pues se entendió que se derivaba de manera directa del concepto de ‘función social’ (...) gozaba de entidad propia entre nosotros a partir del concepto de función social sin que hubiese sido expresamente mencionada en el texto de -la Carta”.

13 Por ejemplo: (i) los derechos de propiedad de particulares sobre el suelo y subsuelo mineros sobre las minas que hubieren sido reconocidos y conservados, se consideran extinguidos si los interesados suspenden la exploración o explotación por doce meses (art. 29 L. 685/01); (ii) puede ordenarse el decomiso de armas, municiones o explosivos por autoridades militares o policiales cuando se incurre en una contravención que dé lugar a esa consecuencia (art. 90 D. 2535/93, modificado por el art. 3º L. 1119/06); (iii) en materia tributaria, procede el decomiso de bienes gravables que no acrediten el pago del impuesto al consumo respectivo (art. 222 L. 223/95); y (iv) los bienes objeto de incautación en contravenciones, no sólo pueden ser destinados al uso de la Policía Nacional u otra institución, sino vendidos y constituir con los recursos cuyos rendimientos se deben destinar a cubrir los gastos que demande la administración de los bienes y atender los requerimientos de la institución en la lucha contra la delincuencia, y en caso de presentarse los propietarios de los bienes enajenados, se debe proceder a devolverles el precio obtenido en la venta, debidamente actualizado y los perjuicios (art. 6º L. 228/95).

encuentren en cabeza de “beneficiarios” no delincuentes y hacerlo cuando acaezcan condiciones de improcedibilidad de la acción penal, como la muerte o la prescripción.

Una senda diferente fue delineada por la Carta política colombiana de 1991 cuando siguiendo los designios de la Convención de Viena estableció la extinción del derecho de dominio a favor del Estado, sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio público o con grave deterioro de la moral social (art. 34 inc. 2º C. N.).

A pesar de la vigencia tanto de la Convención como del precepto constitucional citados, los primeros pasos en la implementación de la figura fueron torpes, y a ello contribuyeron tanto una deficiente reglamentación legal como la inicial falta de claridad de la Corte Constitucional sobre la naturaleza de la figura.

En relación con lo primero, siendo el precepto constitucional el Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700/91) previó la extinción del derecho de dominio por sentencia judicial sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, indiciando que afectaba la “moral social” el delito de narcotráfico (art. 340).

Aunque a primera vista esto podría significar un avance, limitó la figura, pues al estar incluida dentro del proceso penal su suerte dependía de la suerte de éste, y se vinculó a los principios de prohibición de retroactividad de la ley penal y personalidad de la pena, en consecuencia, por cuenta del primero de esos principios, las fortunas mal habidas antes de su vigencia estaría rodeadas de un manto de licitud, y por cuenta del segundo, de fallecer el procesado resultaba imposible perseguir los bienes en cabeza de herederos o causahabientes.

Por cuanto se refiere a lo segundo, aunque nuestra Corte Constitucional afirmó inicialmente que la extinción de dominio no era una pena¹⁴, luego afirmó que sí lo era, con lo que no sólo le asimilaba

14 Corte Constitucional, Sentencia C-006 del 18 de enero de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La inobservancia de la conducta prevista en la norma legal como necesaria para adquirir, conservar o gozar de un derecho y, en este sentido, quedar bajo el amparo de la tutela jurídica y material del Estado, no da lugar a sanción jurídica o económica alguna contra el sujeto. *La privación del efecto favorable a que se expone quien no adecua su conducta a la norma, lejos de tener carácter sancionatorio, es el resultado normal de su conducta omisiva, que ha podido evitarse por él mismo realizando las conductas que el ordenamiento ha identificado como presupuestos para derivar los beneficios en ella contemplados. En ausencia del comportamiento requerido, no se puede discernir la tutela del Estado y debe este, a través del juez o de la administración, según el caso y en la oportunidad correspondiente, negar el pretendido derecho o su ejercicio, y en su lugar reconocer que otro es su titular o que la presunción de una determinada titularidad por no haber sido desvirtuada se mantiene.* Es inevitable que la conducta omisiva o negligente exponga ineluctablemente a la persona al riesgo de que su pretendido derecho no sea reconocido y que, correlativamente, otros derechos resulten afirmados. Desde el ángulo de la función social, en contraste, la misma titularidad, poderes y facultades –en el marco de la ley que la define en su contenido y alcances– representan para el propietario la obligatoriedad, según un esquema de típica coacción, de realizar u omitir conductas impuestas por el derecho objetivo con miras a tutelar un interés social que trasciende al individuo. En este evento, la inobservancia de la conducta ordenada adquiere el cariz de incumplimiento y enfrenta al propietario a variadas sanciones, casi siempre inspiradas en la pérdida de legitimación social de su

a la vieja figura del comiso -y en consecuencia, se vinculaba a principios del derecho penal tradicional como el de legalidad de las penas y no retroactividad-, sino que se hacía depender de una sentencia condenatoria en el proceso penal.¹⁵

La poca utilidad de la institución así concebida, y el insuficiente desarrollo de los mandatos de la Convención en relación con la persecución de bienes equivalentes, llevaron a la aprobación de la Ley 333 de 1996, que estableció una acción real negatoria que podía alcanzar derechos reales diferentes al de dominio,¹⁶ declarativa, autónoma, complementaria, retroactiva y transmisible.

Con el *nomen “real”* se quería indicar que la acción real permitía la persecución del bien, independientemente de la persona sobre quien resida la titularidad actual, y ello era predictable de la pretensión rescisoria del Estado; al afirmar que era declarativa se ponía de relieve que mediante ella se determinaba si existían bienes afectos a una actividad ilícita en forma directa o indirecta y, con

titularidad, *la que puede llevar inclusive a su extinción*. La inobservancia de ciertas conductas ligadas a la adquisición y conservación de un derecho y a su ejercicio, establecidas por la ley en beneficio exclusivo del sujeto, *puede ser causa de que no se defiera la tutela del Estado y que el derecho no nazca o se extinga, en este último caso con un efecto desfavorable semejante al que se sigue del incumplimiento de la función social de la propiedad*. Los dos eventos de extinción del derecho son diferentes en su etiología y en la finalidad de las normas que los contemplan. Uno se refiere a la inobservancia de un presupuesto previsto en una ley ordinaria como necesario para dar por configurado el derecho o admisible su ejercicio, de modo que la realización de la conducta enderezada a obtener el beneficio favorable en ella consagrado interesa exclusivamente al sujeto. El otro evento de extinción posee carácter sancionatorio y supone la previa existencia y ejercicio del derecho, que se extingue como consecuencia de la violación de la ley que ha definido la función social específica que vincula al propietario a la realización de una conducta que interesa a la comunidad. Con lo dicho queda claro que la extinción del derecho no se limita al denominado módulo social de la propiedad como quiera que a ella puede arribarse como consecuencia de la inobservancia de las conductas postuladas en las leyes ordinarias que regulan los modos de adquisición, prueba y conservación de los derechos”.

- 15 Cfr., en este sentido, Corte Constitucional, Sentencia C-076 del 25 de febrero de 1993, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein: “La extinción del dominio una vez declarado el decomiso definitivo, en favor del Estado en caso de que se profiera sentencia condenatoria, es una secuela de todo hecho delictuoso, que no viola el Estatuto Superior, puesto que recae únicamente sobre los bienes, efectos e instrumentos con los cuales se haya cometido el ilícito o las cosas y valores que provengan de su ejecución, dejando a salvo los derechos de los ofendidos y terceros”; Corte Constitucional, Sentencia C-176 del 12 abril de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero: “[...] la Constitución en este inciso amplió el campo específico de las formas de comiso, ya que esta extinción de dominio puede recaer no sólo sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito sino también sobre aquellos que sean obtenidos en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. Para que esta extinción del dominio opere se requiere que exista un motivo previamente definido en la ley (art. 29, C.P.) y que ella sea declarada mediante sentencia judicial, como consecuencia de un debido proceso en el cual se haya observado la plenitud de las formas propias del juicio (arts. 29 y 34, C.P.) [...] Por consiguiente, no podrá una autoridad colombiana declarar un decomiso únicamente con base en la Convención –se refiere a la de Viena sobre sustancias sicotrópicas– sino que este requiere, según los mandatos de la Constitución (art. 29, C.P.) y de la propia Convención, una ley para ser efectuado. Y es obvio que esa regulación legal deberá ajustarse al mandato constitucional del inciso segundo del artículo 34 superior, según el cual la extinción de dominio sólo opera mediante sentencia judicial”; Corte Constitucional, sentencia C-389 de septiembre 1 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell: “[...] el delinquente debe saber que el delito no produce utilidades, sino que por el contrario coloca a este en la obligación de otorgar una retribución a la sociedad a través de la pena; ‘b)’ La extinción procede mediante sentencia judicial y previa observancia del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política; ‘c)’ La medida tiene la naturaleza jurídica de una pena accesoria a la que corresponde el delito que se juzgue. Sin embargo, el legislador la puede instituir como pena principal [...]”.
- 16 Sobre el concepto de acción “negatoria” y sus antecedentes romanas, cfr. F. ESPÍTIA GARZÓN, *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 266.

base en ese pronunciamiento, se privaba al titular del derecho; y al decir que era complementaria, se subrayaba que su ejercicio no excluía la aplicación del decomiso, comiso, incautación, aprehensión, ocupación y demás medidas que se contemplen en la ley penal, en relación con los bienes que hayan sido instrumentos del delito o fruto del mismo.

Se quiso que la acción fuese autónoma en relación con cualquier otro juicio de responsabilidad, en especial, los de responsabilidad penal, de ahí que los supuestos probatorios exigidos para su procedencia no tuvieran relación necesaria con los que se prediquen respecto de los delitos imputados, y así se reconoció por la Corte Constitucional¹⁷.

Se consagró que la acción de extinción era retroactiva:

“[...] la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de esta ley, siempre que dicha adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos haya sido realizada, con posterioridad a la existencia de los delitos que dan lugar a esta medida de extinción, así la legislación haya modificado o modifique la denominación jurídica, sin perjuicios del término de prescripción de que trata el artículo 9º de esta Ley” (art. 33).

La disposición que no podía tener tachar alguna de inexequibilidad pues la prohibición de retroactividad propia del iluminismo se debe limitar a asuntos penales.

La transmisibilidad fue establecida expresamente, al indicar que procedía “respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte” (art. 5º inc. 1º), constatación objetiva, en la que no entran en juego juicios de valor de carácter subjetivo como los derivados del dolo, culpa o buena fe, por lo que acreditado que el bien fue fruto de una de las conductas causales, se extinguía el derecho de dominio frente a legatarios y herederos.

Debe recordarse además que esto suponía volver a principios y conceptos del derecho romano, que consideraba la acción penal transmisible a los herederos, “en cuanto por el hecho se hayan hecho más ricos”, “por lo que fue a su poder”, “por aquello en que se lucraron”, “en cuanto por lo acaecido se hubiere hecho más rica la herencia”, en definitiva, “sólo para que no se lucren con el

17 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “La extinción del dominio, como de lo dicho resulta, es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna”.

dolo del difunto”¹⁸.

La Corte declaró la figura, así concebida, conforme la constitución, aunque no hizo alusión clara sobre qué debía entenderse al afirmar que era una acción real, salvo la equívoca mención según la cual, se explicaba porque se iniciaba y desarrollaba sobre bienes concretos¹⁹, y en cuanto a la retroactividad, quiso acudir al eufemismo de la retrospectividad -no podía tener tal carácter retrospectivo pues, de un lado, ninguna expectativa afectaba, y de otro, la Carta Política y la ley se habían limitado a establecer el camino procesal adecuado para la declaratoria de la extinción de unos derechos aparentemente lícitos, pero constituidos ilícitamente incluso con anterioridad a la vigencia de aquellas²⁰.

Puntos adicionales de apoyo a la efectividad de la ley se obtuvieron cuando la Corte Constitucional

- 18 Pomponio. D. 50, 17, 38: *Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum perverisset* (Así como el heredero no debe estar sujeto a pena por delito del difunto, así tampoco debe realizar lucro, si alguno le hubiese correspondido por virtud de esta cosa); Ulpiano. D. 3, 6, 5, pr.: *Nam est constitutum, turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur; utputa ob falsum, vel iudici ob gratosam sententiam datum et heredi extorquebitur, et si quid aliud scelere quaesitum* (Porque se halla establecido, que se quiten también a los herederos las ganancias vergonzosas, aunque se extingan los crímenes; por ejemplo, lo dado por razón de una falsedad o al juez para una sentencia favorable será quitado también al heredero, y lo mismo cualquiera otra cosa que se hubiere adquirido criminosamente).
- 19 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997, cit.: “[...]“Se trata entonces de una acción *real*, pues el proceso se inicia y se desarrolla en relación con bienes concretos y determinados, y la sentencia, salvo el caso de los llamados bienes equivalentes (art. 6º), ha de referirse a ellos, especificándolos, para declarar –*si la acción prospera*– que se ha extinguido el dominio que sobre ellos ejercía la persona contra la cual se ha intentado, o sus causahabientes que actuaron de mala fe”.
- 20 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997, cit.: “Por tanto no solamente es constitucional que se contemple la viabilidad de extinguir el dominio de bienes adquiridos en tales condiciones en épocas anteriores a la vigencia de la actual Constitución, sino que esta resulta violada por cualquier determinación legal que delimita en el tiempo, pasado o futuro, la acción correspondiente [...]. El enriquecimiento derivado de las actividades descritas –conviene recabarla– era ilícito sin atenuantes aun bajo el régimen constitucional precedente, por lo cual no puede alegarse que los delincuentes, o quienes de mala fe se aprovecharon de sus riquezas pudieran hoy reclamar protección jurídica sobre la base de que entonces ignoraban que el artículo 34 de la Constitución habría de ser promulgado. Dicha norma representa apenas la consecuencia actual del germen que ya afectaba el dominio, habida cuenta de la ilicitud de los hechos en que se fundaba [...] Al dictarse la norma, las fortunas y patrimonios de espurio origen no tenían ningún justo título que oponer a la prohibición, ya de tiempo atrás consagradas en el sistema jurídico y que en ella se elevaba a canon constitucional. También bajo la anterior constitución, tales adquisiciones quedaban por fuera de la tutela jurídica y el derecho positivo incorporaba el principio según el cual se permite invocar si dolo o culpa como fuentes de derechos [...] Por esas mismas razones, que justifican la constitucionalidad de la norma en cuanto consagra un carácter retrospectivo de la extinción de dominio, puesto que implican también la consecuencia jurídica de que los vicios que afectan el patrimonio mal habido jamás pueden sanearse, y menos todavía inhibir al estado para perseguir los bienes mal adquiridos [...] Contra lo que señalan los demandantes, la norma examinada no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal, primero porque, como ya se dijo, no se está ante la aplicación de penas, y segundo por cuanto la figura allí prevista no corresponde al concepto de retroactividad, sino al de retrospectividad. En efecto, puede verse en el texto del artículo que la ley aprobada ‘rige a partir de la fecha de su promulgación’, es decir, que sus disposiciones tendrán efecto y concreción en el futuro y sobre la base del conocimiento público y oficial de su contenido, luego no es retroactiva. Sin embargo, el segundo inciso advierte que la extinción del domino habrá de declararse con independencia de la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la ley. Esta previsión no implica que se autorice a los jueces para desconocer derechos adquiridos con arreglo al orden jurídico precedente, pues si ello fuese así se tendría sin duda una flagrante inconstitucionalidad, dada la garantía que contempla el artículo 58 de la Carta Política, el cual asegura que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles ‘no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’. Pero no es ese el caso, según se desprende de la interpretación que esta Corte ha hecho sobre los alcances del artículo 32 inciso 2º, de la Constitución, toda vez que, al tenor de ellos, en los eventos allí descritos, desarrollados por los artículos 2º de la Ley 333 de 1996 y 14 de la Ley 365 de 1997, no hay derecho adquirido alguno [...]”.

declaró inexequibles las normas que limitaban su campo de acción, en concreto: (i) la que consagró un término de prescripción extintiva de la acción (art. 9º), al considerar que de esta forma se daba lugar a un saneamiento de las fortunas ilícitas no querido por la ley²¹; (ii) la que prohibía aplicarla a bienes que tuvieran la calidad de patrimonio de familia inembargable (art. 32)²²; y (iii) la que prohibía aplicarla a los derechos personalísimos (art. 3º inc. 1º *in fine*)²³.

De esta manera la acción podía ejercerse en cualquier momento y sobre cualquier clase de bienes.

No obstante el importante avance logrado, la aplicación de la ley tuvo varios inconvenientes, motivados, en orden cronológico, por: (i) una malintencionada adición a su texto, que puso en riesgo la aplicación del principio de independencia; (ii) la ausencia de claridad en los asuntos de notificaciones, que llevó a desafortunadas interpretaciones “garantistas”; (iii) un indebido entendimiento de las facultades judiciales por parte de la Corte Constitucional, que generó otra entorpecimiento del trámite; y (iv) la restricción jurisprudencial que por vía de acciones de tutela se dio al principio de autonomía.

La independencia de la acción se impidió pues en el trámite de aprobación de la ley se incluyeron disposiciones que desvirtuaron el propósito, volviendo esta característica apenas subsidiaria, fue así como se dijo que la acción debía ejercerse dentro del proceso penal (art. 7º inc. 1º *in fine*), que de haberse terminado sin declararse la extinción, se prorrogaba la competencia del funcionario judicial competente por razón de la naturaleza del hecho (art. 7º, inc. 2º), y que sólo en caso de no haber existido proceso penal, se adelantaba con absoluta independencia de la actuación (art. 10 inc. 1º *in fine*)²⁴.

Ante la ausencia de norma expresa que regulase el tema de las notificaciones, bien se hubiera

21 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 13 de agosto 13 de 1997, cit.

22 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-409 del 28 de agosto de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “[...] el origen viciado de la propiedad que se exhibía, en el supuesto de la declaración judicial de la extinción del dominio, afecta también los bienes a los que se refiere esta disposición, pues los indicados fines institucionales y su realización no pueden procurarse sobre la base del reconocimiento de lo que ilícito genera derechos”.

23 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-409 del 28 de agosto de 1997, cit.: “No se encuentra motivo alguno de inconstitucionalidad en esta disposición, salvo en lo relativo a los llamados derechos personalísimos (uso y habitación, según el art. 878, C.C.), que merecerían protección si se tratara de derechos ejercidos sobre bienes adquiridos al amparo de la Constitución Política, pero que de ningún modo pueden aspirar a ese amparo bajo los supuestos de la ilicitud inherente al artículo 34, inciso 2º, de la Constitución. Si se tienen tales derechos, a los cuales el legislador atribuye el carácter de intransmisibles a los herederos, no susceptibles de ser cedidos a ningún título, ni prestados ni arrendados, merecen que se los preserve, con arreglo al artículo 58 de la Carta Política. Pero tal no es el caso de los supuestos derechos que a ese título quisiera alguien referir a bienes mal habidos, en los términos del artículo 2º de la Ley 333 de 1996, por lo cual la salvedad introducida en el artículo 3º ibidem, que pretende sustraerlos a la estricta regla del artículo 34, inciso 2º, Constitución Política, precepto que no introduce distinción alguna, debe ser declarada inexequible”.

24 No obstante, aplicando el art. 27 inciso 3º, y con fundamento en la Resolución 01964/97 F.G.N., se concibió una interesante solución hermenéutica al considerar que dicha norma consagraba un tipo especial de competencia preferente en cabeza de la Unidad Especializada para la Extinción de dominio para adelantar la acción, desplazando en ese trámite al fiscal que estuviere conociendo de la actuación penal.

podido acudir al procedimiento civil que ordena poner en conocimiento de las partes la providencia en secretaría y notificarla al día siguiente por estado, no obstante, se acostumbró la práctica judicial, sin razón atendible y partiendo del preconcepto conforme al cual ese tipo de notificaciones afectaba el “derecho de defensa”, a remitirse a las normas contempladas en el procedimiento penal ordinario, con los inconvenientes ya conocidos, en particular el que estas imponen hacer todas las gestiones tendientes a la notificación personal del procesado, con lo que el solo trámite de notificación de una providencia podía demorar meses.

La ley establecía que el juez debía dictar la respectiva sentencia de extinción verificando que durante el trámite se hubieren respetado el debido proceso, la plenitud de las formas y la protección de los derechos (art 15 lit. f), con lo que consagraba un típico control de legalidad y no de instancia en relación con los fundamentos de la extinción, que era justificado teniendo en cuenta que el análisis probatorio y el control de instancia ya se habían dado en el seno de la fiscalía.

Pero al interpretar este artículo la Corte Constitucional aseveró: “Desde luego, el juez -quien es el competente, al tenor del artículo 34 de la Constitución- puede apartarse de las consideraciones de la fiscalía, siempre que lo haga fundada y razonadamente”²⁵, lo que llevó a que, en contravía de lo dispuesto en el texto legislativo, el juez hiciera valoraciones de instancia, generando que en la práctica, la decisión de extinción tuviese cuatro instancias, la decisión inicial de la fiscalía, la del fiscal de segunda instancia, la sentencia judicial y la correspondiente alzada.

Si bien se avaló en sede constitucional la autonomía frente a los juicios de responsabilidad penal, luego la misma Corte restringió su alcance mediante acciones de tutela, al afirmar que los efectos de la cosa juzgada penal influían en el proceso de extinción de dominio cuando en ese proceso se hubiere investigado el origen de los bienes y se hubiere proferido decisión de preclusión, cesación o absolución, toda vez que ya había existido investigación sobre el origen de la propiedad²⁶.

Lo anterior llevó a que el Gobierno Nacional expidiera al amparo del estado de conmoción el Decreto 1975 del 3 de septiembre de 2002, que pretendió aligerar el trámite y resaltar la autonomía de la acción frente a cualquier otro proceso, en especial el penal.

Luego se emitió la Ley 793/02, que confirmó el carácter real, declarativo, autónomo e indepen-

25 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-409 del 28 de agosto de 1997, cit.; en el mismo sentido, Sentencia C-539 del 23 de octubre de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo: “La Corte insiste, sin embargo, en que la condición a la que llegue el fiscal no ata al juez, quien goza de la exclusividad de la atribución constitucional para declarar la extinción del dominio si lo estima del caso (art. 34, inc. 2º, C.P.) o para negarla, motivada su decisión y está obligado, por tanto, a evaluar, sopesar, comparar, verificar y completar si es necesario todos los elementos de juicio que se le suministran antes de dictar sentencia”.

26 Cfr. Sentencia T-212 del 22 de febrero de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

diente de la acción (art. 4 inc. 1º).

Su autonomía, no sólo fue ratificada en el análisis de constitucionalidad, al entender que no sólo la extinción no puede considerarse una pena sino que ejercicio de la acción no tiene relación alguna con los juicios de responsabilidad penal²⁷, sino mediante una disposición orientada específicamente a que aquella no se desconociese a través de acciones de tutela, es así como se indica que la extinción no depende de ningún juicio de valor sobre la responsabilidad penal del sindicado, a tal punto que sólo se puede admitir como cosa juzgada la derivada de una decisión sobre el bien dentro de un proceso de extinción de dominio (art. 9º num. 3º).

La acción continúa siendo imprescriptible, como se puede inferir tal característica de lo expuesto en el numeral 1º del artículo 2º cuando al referirse a la primera causal dice que el incremento patrimonial injustificado puede existir *en cualquier tiempo*²⁸, y la disposición conforme a la cual se establece: “No obstante, la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de adquisición o destinación ilícita de los bienes. En todo caso se entenderá que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, causa un grave deterioro de la moral social y es conducta con efectos permanentes” (art. 24), disposición en relación con la cual fue claro el análisis de exequibilidad, al establecerse que la acción es de naturaleza constitucional, no asimilable a la penal y que por ese motivo no le son aplicables las garantías aplicables al delito, como el de la legalidad de la pena y el de irretroactividad²⁹.

Su transmisibilidad hace que proceda respecto de bienes objeto de sucesión por causa de muerte (art. 4º inc. 2º), por lo que la acción se dirige contra quienes han adquirido los bienes como herederos o legatarios de quien, a su vez, había adquirido los bienes dentro de las causales³⁰.

27 Corte Constitucional, Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño: “Es una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendo* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible, sino que procede independientemente del juicio de responsabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circumscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ellos, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público”.

28 Corte Constitucional, Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, cit.: “Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes”.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, cit: “A todo lo largo de este pronunciamiento, la Corte ha reiterado que la acción de extinción de dominio es una acción constitucional pública directamente consagrada por el constituyente, no asimilable ni a la acción penal y que por ese motivo no le son aplicables las garantías penales aplicables al delito, al proceso penal y a la pena. Por lo tanto, si no se trata de un proceso penal sino de un proceso especial de las características ya anotadas, la legislación que lo regule no está condicionada por principios como el de la legalidad de la pena y el de irretroactividad de la pena”.

30 Bien hubiera podido la Corte reconocer la responsabilidad objetiva en el derecho penal patrimonial, por el contrario, apegada al atavismo decidió reconocerla pero decir que esta acción no es de tal índole, cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, cit: “No se trata de una sanción penal, pues el ámbito de la extinción del dominio es mucho más amplio que el de la represión y castigo del delito. Su objeto no estriba simplemente en la imposición de la pena al delinquente sino en la privación del reconocimiento jurídico a la propiedad lograda en contravía de los postulados básicos proclamados por la organización social,

Si bien el fiscal competente puede ordenar una fase inicial con el fin de identificar los bienes sobre los cuales puede concretarse la acción (art. 12, inc. 2º) -en la que pueden utilizarse, con miras a identificar los bienes y recoger elementos materiales de prueba, registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones, recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos y vigilancia de cosas (art. 12 A, L. 793/02, incorporado por el art. 78 L. 1395/10)-, el trámite fue notoriamente simplificado, particularmente en tres momentos:

- a) una vez abierto el proceso y notificados los afectados, éstos deben dentro de los cinco (5) días siguientes, a efectos de que soliciten las pruebas que estimen conducentes y eficaces para su fundar su oposición, las que deben practicarse en un período máximo de 30 días no prorrogables (art. 13 num. 5º y 6º);
- b) vencido el periodo probatorio la fiscalía emitía una resolución en la que resolvía sobre la extinción, que era de cumplimiento inmediato y en consecuencia debía ser remitida al juez “al día siguiente de la expedición” (art. 13 num. 8º y 9º), para que éste, previa controversia, emitiese la sentencia. Con ello se buscaba darle a la decisión fiscal el carácter de acto de parte, en forma tal que el proceso no se dilatase por las “cuatro instancias” a las que se hizo alusión previamente;
- c) no hay lugar a la presentación y trámite de excepciones previas ni de incidentes, salvo el de objeción al dictamen por error grave, mientras que los demás aspectos que se planteen al fiscal puedan ser diferidos, a fin de resolverlos en la resolución que decida sobre la procedencia de la extinción (art. 17).

No obstante que la nueva ley corrigió algunos de los defectos de implementación señalados y quiso agilizar el rito, una inadecuada interpretación constitucional ha generado traumas aún hoy no corregidos, independientemente de que las modificaciones y adiciones impuestas por las leyes 1151/07, 1330/09, 1336/09 y 1395/10, hayan creados otros mecanismos que buscaban darle mayor agilidad.

El proceso que podríamos llamar “ordinario”, tiene hoy dos limitaciones:

La primera es consecuencia de una reforma impuesta por la ley 1395/10, que debería haber sido de descongestión pero que, por el contrario, impuso un control innecesario: se sabe que en la fase inicial pueden utilizarse, con miras a identificar los bienes y recoger elementos materiales de prueba, registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones, recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos y vigilancia de cosas (art. 12 A, L. 793/02, incorporado

no solamente mediante el delito sino a través del aprovechamiento indebido del patrimonio público o a partir de conductas que la moral social proscribe, aunque el respectivo comportamiento no haya sido contemplado como delictivo ni se le haya señalado una pena privativa de la libertad o de otra índole. Será el legislador el que defina el tipo de conductas en las cuales se concretan los tres géneros de actuaciones enunciadas en el mandato constitucional”.

por el art. 78 L. 1395/10), no obstante, como se estableció en la citada ley de descongestión, que la práctica de estas diligencias están sometidas a las normas del nuevo código de procedimiento penal (art. 12 A inc. final L. 793/02, incorporado por el art. 78 L. 1395/10), cuando antes podía hacerlo directamente la fiscalía, se debe ahora entender que: (i) en caso de registro y allanamiento, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden, para que revise la legalidad de lo actuado (art. 237 inc. 1, reformado por el art. 16 L. 1142/07), audiencia que es de carácter reservado (art. 155 inc. 2º); (ii) la interceptación de comunicaciones procede por un término máximo de tres (3) meses –prorrogables en otro tanto si a su juicio subsisten los motivos fundados– (art. 235, reformado por el art. 15 L. 1142/07), y dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías para que revise la legalidad de lo actuado (art. 237 inc. 1º, reformado por el art. 16 L. 1142/07); esta audiencia es de carácter reservado (art. 155 inc. 2º); (iii) dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden de recuperación de información por internet u otros medios, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías para que revise la legalidad de lo actuado (arts. 236 y 237 inc. 1º, reformado por el art. 16 L. 1142/07); esta audiencia es de carácter reservado (art. 155 inc. 2º); y (iv) la orden de vigilancia de cosas procede por un término máximo de un (1) año, y dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la emisión de la orden el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías para la revisión de la legalidad formal y material de la orden (arts. 240).

La segunda es fruto del fallo de exequibilidad condicionada que sobre tal asunto se produjo, pues se estableció que la resolución de la fiscalía que resuelve sobre la procedencia o no de la extinción del dominio debía ser objeto de recursos³¹, con lo que, contrario a lo que se quería, se genera el mismo entorpecimiento de la legislación precedente, dado que la citada resolución debe notificarse (con los inconvenientes que presenta la ley en esta materia), de apelarse remitirse al conocimiento del fiscal de segunda instancia, y sólo después de ejecutoriada enviarse al juez, quien emitirá su decisión de instancia, a su vez objeto de apelación.

En acatamiento a ese fallo en la citada ley de descongestión se dijo que sólo se debía enviar al juez una vez “ejecutoriada” la resolución (art. 13, num. 9º, L. 793/02, modificado por el art. 80 L. 1395/10).

31 Corte Constitucional, Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, cit.: “Mediante tal resolución, la Fiscalía General de la Nación, como autoridad administradora de justicia e instructora del proceso, toma una decisión que, si bien no es definitiva en tanto no vincula al juez de conocimiento, sí sienta su posición en torno a la procedencia o improcedencia de la acción de extinción de dominio. En caso de que el fiscal dicte una resolución en la cual decida la procedencia de la extinción de dominio, el respeto del derecho de defensa del afectado torna imperativa la viabilidad de recursos contra tal resolución. No obstante, como el citado numeral podría interpretarse en el sentido que la citada resolución es inimpugnable, la Corte, en guarda del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 superior y de la integridad de la Carta, excluirá tal interpretación del ordenamiento jurídico”.

Un segundo trámite, esta vez “abreviado” y efectivo, se da en caso de existencia de bienes muebles con titulares desconocidos, pues procede el emplazamiento y de no comparecer los interesados, la emisión de resolución de procedencia de extinción, y la remisión al juez de conocimiento para que dentro de los 15 días siguientes profiera sentencia de extinción (art. 10 A, L. 793/02 incorporado por el art. 75 L. 1395/10).

El último trámite, también “abreviado” pero hasta hoy no “efectivo” -no se conoce sentencia alguna en desarrollo del mismo-, se deriva de la aplicación de beneficios por colaboración.

Desde el momento de emisión de la resolución que da inicio al trámite de extinción, y hasta antes de o que concluido el término probatorio se corra traslado para alegar, los legitimados en forma pasiva pueden solicitar la celebración de acuerdos para entrega de bienes y sentencia anticipada (art. 2º L. 1330 /09).

El solicitante debe declarar bajo juramento los bienes que se encuentran en las causales aunque no hayan sido identificados por la Fiscalía y expresar los beneficios que pretende obtener (art. 4º inc. 1º L. 1330 /09), y una vez terminada la declaración se debe ordenar el correspondiente avalúo de los bienes, y en firme este, elaborar un acta donde conste la entrega voluntaria y la solicitud de beneficios, que se debe remitir al juez para que proceda a dictar sentencia anticipada, que procede luego de un control de legalidad en relación con el respeto a las garantías fundamentales (art. 4º incs. 2º, 3º y 4º L. 1330 /09).

La sentencia puede reconocer como beneficio un porcentaje no mayor al 5% del total de los bienes entregados, que le permita al beneficiario una vivienda para sí o sus familiares, beneficio que será revocado a instancia de la Fiscalía en el evento en que se demuestre que el afectado no entregó la totalidad de bienes que han debido ser objeto de la acción (art. 5º L. 1330/09).

**PROCEDIMIENTO DE LAS TÉCNICAS
ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN
EL PROCESO PENAL**

PROCEDIMIENTO DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Herbert Romero Ríos, Director Nacional de Investigaciones del CTI de la Fiscalía General de la Nación.

Los antecedentes salen de la inteligencia y posteriormente se mezcló con la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico). Fue difícil empezar a aplicarlo para investigaciones contra delitos de corrupción, pues las Convenciones no dicen cómo hacer las investigaciones.

La Ley 906 de 2004 desarrolla técnicas especiales de investigación, pero el Estatuto precisa su aplicación en temas de corrupción.

Indagación e investigación: contiene actuaciones investigativas tradicionales y actuaciones en investigaciones especiales (estas últimas tienen que usarse solamente cuando sean necesarias – es encaminado a la lucha contra organizaciones criminales)

Las normas de técnicas especiales están en el Código de Procedimiento Penal.

- Vigilancia y seguimiento a personas:

Límite legal: expectativa razonable de intimidad. (Se define hasta donde vaya el espacio público).
Ámbito de las personas y las cosas. No violar el derecho a la intimidad.

La aplicación de esta técnica la autoriza el Fiscal del caso, Dirección Nacional de Fiscalías y Juez de garantías. El seguimiento lo realiza la Policía judicial (salvo que sea un agente encubierto)

Se deben actuar con celeridad, pero la Ley 906 limitó la actuación de la Policía Judicial para las investigaciones pues estableció términos muy amplios para el control de garantías (Control posterior y control previo)

- Vigilancia de cosas: obtener información de vehículos, naves, etc. El límite legal es la expectativa razonable de intimidad. La aplicación de esta técnica la autoriza el fiscal.
- Puestos de observación rurales y urbanos; Análisis e infiltración de la organización criminal. Estas técnicas coexisten con el agente encubierto.

- Actuación de agente encubierto: Autorización de rol para conseguir información que será usada en la investigación. Cuando la Fiscalía necesita obtener información de una persona, lo autoriza el Fiscal y el Director Nacional de Fiscalías. Pueden ser Policía judicial, funcionario público sin Policía judicial y particulares, pero en una circular del Fiscal General se pide reducir la opción de que los particulares sean agentes encubiertos. Esta práctica no es aceptada a nivel internacional.
- La penetración: se recluta a una persona que ya hace parte de una organización criminal con ofrecimientos de beneficios como acogerse al principio de oportunidad. Y aunque es muy útil, genera muchos riesgos.
- Agente provocador: Cuando el agente encubierto asume completamente el rol delictivo. En esta instancia es donde se habla de entrampamiento, es decir, llevar a la organización criminal a actuar de la manera que el organismo investigador requiere. Para evitar convertirse en agente provocador, se hace explícito que el agente encubierto no puede sembrar las acciones criminales, solo debe tener un rol de facilitador, y en lo absoluto debe generar más crimen. Si bien el agente encubierto **sí puede entrar a los sitios privados (en este caso no hay límite de expectativa razonable de intimidad)**, no es una práctica para todos los casos de investigaciones y sobre todo para casos de corrupción.

En Colombia no hay casos de utilización de agente encubierto para casos de corrupción. Es muy difícil aplicar esta técnica, casi imposible. De acuerdo con el procedimiento, se debe esperar a que el delincuente actúe para construir la evidencia, y de ninguna manera se puede provocar, por ejemplo, involucrando a un funcionario para probar un soborno.

En Colombia no se puede cambiar la identidad al agente encubierto. Lo único que se hace es cambiar el nombre y entregar uno ficticio. Esta situación genera muchas limitaciones para realizar la labor de inteligencia de manera efectiva. En otros países, como España, la Policía controla la expedición de documentos, entonces es posible crear una nueva identidad. En Colombia las entidades que expiden los documentos son distintas de la Policía, y por tanto, es un procedimiento muy complejo una nueva identidad.

**PROCEDIMIENTOS DE TÉCNICAS
ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN
EN EL PROCESO DISCIPLINARIO**

PROCEDIMIENTOS DE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Paula Andrea Ramírez Barbosa, Asesora Procurador General de la Nación, Procuraduría General de la Nación

El objetivo de esta parte es analizar las disposiciones legales, las medidas y las técnicas especiales de investigación en el proceso disciplinario.

Procedimientos metodológicos de investigación disciplinaria y técnicas investigativas como instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción administrativa.

- Los procedimientos ordinario y verbal disciplinarios, contenidos en la Ley 734 de 2002.
- Aplicables por la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y las Oficinas de Control Disciplinario Interno de las entidades del Estado, constituyen un aporte en la lucha contra la corrupción administrativa, además, debe decirse que sus normas sustanciales y procesales se avienen, en un todo, a los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano en la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, principalmente en sus artículos 19, 30, 32, 33, 39, 49 y 50.
- 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. Esta 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.
- Artículo 39. Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado:

- Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre los organismos nacionales de investigación y el Ministerio Público, por un lado, y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

➤ *Artículo 49. Investigaciones conjuntas:*

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de tales acuerdos o arreglos, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso.

➤ *Constitución Política de 1991:*

- ❖ Artículo 116, numeral 3: Atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas.
 - Ley 734/02; Ar. 148, inc, 3.: El Procurador General de la Nación tendrá atribuciones Jurisdiccionales para el ejercicio de las funciones de Policía Judicial que la Constitución le confiere DILIGENCIA.
 - Dec. 262/00 Art. 10 Num. 5: La DNIE ejerce funciones de Policía Judicial.
- ❖ Artículo 277, parágrafo: “para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría General de la Nación tendrá atribuciones de Policía Judicial y podrá interponer las acciones que considere necesarias.
- ❖ Artículo 250, numeral 3: Fiscalía General de la Nación se encarga de dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial de la Policía Nacional.
 - Procedimiento penal confiere funciones de Policía Judicial:
 - Permanentes:
 - a) DAS
 - b) CTI
 - Especiales: Funciones de Policía Judicial ejercidas cuando en desarrollo de investigaciones administrativas, aparezcan conductas que se encuentren descritas como punibles en el código Penal y que exigen la intervención de la Fiscalía General:
 - a) Contaduría.
 - b) Procuraduría General de la Nación

- c) DIAN
- d) Autoridades de Tránsito.
- e) Autoridades de Vigilancia y Centros INPEC, Superintendencias.

➤ **Diligencias restrictivas de derechos fundamentales (motivos razonablemente fundados)**

- ❖ Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor).
- ❖ Recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes.
- ❖ Retención, examen y devolución de la correspondencia.
- ❖ Registros y allanamientos.
- ❖ Registro e Inspección corporal.
- ❖ Vigilancia y seguimiento de personas y cosas.
- ❖ Análisis e infiltración de organización criminal.
- ❖ Actuación de agentes encubiertos.
- ❖ Entregas vigiladas.
- ❖ Registro de lugar de trabajo de servidor público.
- ❖ Exámenes de ADN que involucren al investigado.
- ❖ Obtención de muestras que involucren al investigado.
- ❖ Métodos de identificación tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN.
- ❖ Reconocimiento por medio de fotografías o videos.
- ❖ Reconocimiento en fila de personas.
- ❖ Búsqueda selectiva en bases de datos, que implique el acceso a información confidencial. Se excluye de esta actividad, la eventual consulta, que en el marco de la actuación disciplinaria, se solicite a bancos de datos (CIFIN, DATACRÉDITO, ASOBANCARIA, etc), al igual que los requerimientos dirigidos a operadores de telefonía celular con el ánimo exclusivo de obtener datos biográficos de los titulares de abonados, en uno y en otro casos dichas peticiones y sus respuestas se regirán conforme a lo prescrito en el artículo 5º, literal e de la Ley Estatutaria 1266 de 2008 – Ley de Habeas Data.

- ❖ Cualquier otra actuación que comporte la afectación a la legítima expectativa razonable de intimidad.

Las normas disciplinarias sobre procedimientos, métodos y técnicas especiales en la investigación, se encuentran contenidas en el título VI, artículos 128 al 142 del Código Disciplinario Único, CDU, de manera concreta en los artículos 130, 131, 133, 135 y 137.

➤ Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”:

- ❖ “Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.
 - Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sana crítica.
 - Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con las disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.
- ❖ Artículo 131. Libertad de pruebas. La falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”.
- ❖ Los artículos 148 y 149 del CDU conceden atribuciones de Policía Judicial al Procurador General de la Nación y al Director de Investigaciones Especiales de dicha entidad. Facultades que por mandato constitucional y legal permiten al Jefe del Ministerio Público delegarlas (en casos especiales) en otros funcionario de la entidad, para el aseguramiento y práctica de la prueba en esta materia del derecho sancionador del Estado.
- ❖ “Artículo 136. Aseguramiento de la prueba. El funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de las facultades de policía judicial, tomará las medidas que sean necesarias para asegurar los elementos de prueba. Si la actuación disciplinaria se adelanta por funcionarios diferentes a los de la Procuraduría General de la Nación, podrán recurrir a esta entidad y a los demás organismos oficiales competentes, para los mismos efectos.
- ❖ Artículo 137. Apoyo técnico. El servidor público que conozca de la actuación disciplinaria podrá solicitar, gratuitamente, a todos los organismos del Estado la colaboración técnica que considere necesaria para el éxito de las investigaciones”.
- ❖ Con relación a las técnicas especiales de investigación, contenidas tanto en la convención de las Naciones Unidas, ver sentencias C-244 de 1996 y C-1121 de 2005.

- ❖ Las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes en cubierta, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN, en tanto se desarrollen cumpliendo con los parámetros constitucionales y legales relacionados con el derecho de defensa y preservación de los derechos fundamentales de los investigados, pueden ser tenidas en cuenta en las investigaciones disciplinarias, en la lucha contra la corrupción administrativa.

Facultades jurisdiccionales del Procurador

- De manera excepcional el artículo 148 de la Ley 734 de 2002 concede al Procurador General de la Nación facultades para dictar los actos necesarios que conlleven el aseguramiento de la prueba en materia disciplinaria y en cualquier etapa procesal, solo en investigaciones disciplinarias y no penales, adelantadas contra servidores públicos o particulares en ejercicio de funciones públicas.
- El Procurador General de la Nación puede ordenar las pruebas contenidas en el artículo 50 de la Convención de las Naciones Unidas en la lucha contra la corrupción administrativa.
- El Jefe del Ministerio Público está investido de las calidades de Juez de garantías y por tanto no requiere de control anterior ni posterior para la toma de tales medidas, la reserva judicial propia del registro de domicilio y captura de personas, que confluyen de manera excepcional en el Procurador General de la Nación para el desarrollo efectivo el proceso disciplinario.
- Esta es una facultad indelegable cimentada en motivos fundados, así como el de explicar por qué esa medida busca proteger el interés público de la falta que puede estar cometiendo el servidor público investigado.
- Solo debe proceder en la investigación de faltas gravísimas, como las que involucra la corrupción administrativa.
- Amparada constitucionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1121-05, que ordenó ajustarse a lo resuelto en la sentencia C-244/96 que había declarado exequible el artículo 135 de la Ley 200 de 1995.
- Ese reconocimiento constitucional de la facultad jurisdiccional por parte de un ente administrativo como la Procuraduría, se da conforme las sentencias C-1641 de 2000, C-592 de 1992, C-212 de 1994, C-141 de 1995, C-37 de 1996, C-189 de 1998, C-384 de 2000 y C-1143 de 2000,
- Implica reconocer que la ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley (juez natural), sino que gocen de la independencia e imparcialidad propias de quien ejerce una función judicial, conforme el artículo 228 de la Carta.

- La Ley 734 de 2002 no menciona las funciones que puede cumplir la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de las atribuciones de policía judicial
- Son las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, las que precisan esas facultades, que pueden concretarse en el Procurador General de la Nación o en quien este delegue, o en el Director de Investigaciones Especiales de ese ente disciplinario.
- Remisión permitida de los artículos 21 y 130.3 de la Ley 734 de 2002, cuando esta última norma expresamente señala:
 - ❖ “Los medios de prueba no previstos en esta ley se practicarán de acuerdo con la disposiciones que los regulen, respetando siempre los derechos fundamentales” (Norma que en similares términos se encuentra prevista en el artículo 233 de la Ley 600 de 2000).
- El artículo 131 de la ley disciplinaria también permite hacer tal interpretación y alcance, cuando señala: “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”, es decir, que la investigación disciplinaria se nutre.
- El sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004 en nada se opone a la naturaleza del derecho disciplinario fundamento en un sistema mixto, contenido en la Ley 734 de 2002 y en la Ley 600 de 2000, a la que por expresa disposición del Procurador General de la Nación, debe acudirse, según Directiva 010 del 12 de mayo de 2010.
- La autonomía e independencia que el derecho disciplinario tiene frente al derecho penal, por mandato legal y jurisprudencial previsto en el inciso 3 del artículo 2 de la Ley 734 de 2002 y en la sentencia C-720 de 2006, se le atribuye las investigaciones disciplinarias.
- El artículo 148.3 de la Ley 734 de 2002, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1121 de 2005, que ordenó ajustarse a lo resuelto en la sentencia C-244 de 1996, por corresponder al mismo sentido del artículo 135 de la Ley 200 de 1995
- Considera la Corte Constitucional que “es importante advertir al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios de esta entidad que en ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de Policía Judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios para asegurar o practicar las pruebas. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales funcionarios, de dichas atribuciones, les acarreará las sanciones penales y disciplinarias”.
- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha considerado igualmente que las facultades jurisdiccionales del Procurador General guardan pleno fundamento constitu-

cional. Frente a una queja donde se aducía supuesta arbitrariedad del Procurador, e infracción del derecho fundamental a la intimidad por ordenar la interceptación de abonados telefónicos en el marco de una indagación disciplinaria, el Consejo de Estado, al disponer el archivo del asunto, señaló mediante providencia del 29 de abril de 2005: “En materia disciplinaria, el artículo 148 de la Ley 734 asignó a la Procuraduría General de la Nación atribuciones de Policía Judicial. Esta norma corresponde exactamente al mismo texto del artículo 135 de la Ley 200 de 1995, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C- 244 de 1996.

**PARTICIPACIÓN DEL SECTOR
PRIVADO Y LA SOCIEDAD CIVIL EN
COOPERACIÓN CON AUTORIDADES
NACIONALES**

TRANSPARENCIA POR COLOMBIA Y LAS AUTORIDADES NACIONALES

Elisabeth Ungar Bleier, Directora Ejecutiva de la Corporación Transparencia por Colombia

Transparencia y las entidades públicas

En Transparencia por Colombia lideramos desde la sociedad civil la lucha integral contra la corrupción y por la transparencia, en lo público y en lo privado, para promover una ciudadanía activa, fortalecer las instituciones y consolidar nuestra democracia.

- Transparencia por Colombia busca generar cambios en la ciudadanía y en el Estado como actores principales en la lucha contra la corrupción.
- Uno de nuestros imperativos de trabajo es contribuir al fortalecimiento de organizaciones públicas y privadas, así como de los partidos políticos.
- Buscamos fortalecer las entidades públicas por medio del control social, acompañamientos, herramientas de medición y producción de conocimiento.

Aportes de la sociedad civil

- Incrementa la responsabilidad y la integridad en el manejo de la gestión pública y lo sustrae de la apropiación privada.
- Permite a las personas individualmente consideradas, y a las organizaciones de la sociedad civil, influir en los asuntos del Estado.
- Posibilita mejores condiciones de transparencia y genera confianza entre gobernantes y ciudadanía.
- Genera mejores condiciones en el clima de negocios.
- Genera legitimidad en las actuaciones estatales.

“El capital social es más productivo cuando la reciprocidad es generalizada y no específica, o sea, totalmente dependiente de contextos y coyunturas”³²

Cooperación en alianzas público – privadas

Acuerdo para prevenir prácticas de corrupción en las empresas fabricantes de tuberías y accesorios

- **Contraloría General de la República:** Colaborar en el “Plan Nacional de Auditorias articuladas 2011” en el sector de agua y saneamiento básico. Esta alianza busca articular esfuerzos desde varios sectores aportando conocimientos específicos desde cada entidad.
- **Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:** Promover la trazabilidad en las decisiones de inversión del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en la etapa precontractual de estudios y diseños de acueducto y saneamiento básico.

Cooperación con herramientas de medición

- Índice de Transparencia de las Entidades Públicas:
 - ❖ El Índice de Transparencia de las Entidades Públicas es un instrumento que mide las condiciones institucionales que favorecen o previenen el surgimiento de riesgos de corrupción en las entidades públicas. Es un ejercicio de control social propositivo que busca contribuir con la lucha anticorrupción a partir de un enfoque de prevención.
 - ❖ La Corporación Transparencia por Colombia ha liderado desde 2002 el Índice de Transparencia de Entidades Públicas, como un ejercicio periódico y sistemático que tiene por objeto fortalecer la institucionalidad del sector público e incentivar medidas de control de riesgos de corrupción en tales entidades.

TABLA 1. ENTIDADES CUBIERTAS POR EL ÍNDICE DE TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

NIVEL TERRITORIAL	NÚMERO DE ENTIDADES
	158
	91
	148
TOTAL	397

32 Javier Díaz-Albertini Figuera. Ponencia para la Conferencia Regional sobre capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe, organizada por la CEPAL, Santiago de Chile, 24 a 26 de septiembre de 2001

- Guías para una gestión municipal transparente:
 - ❖ Guía para la contratación municipal
 - ❖ Guía de gestión del talento humano
 - ❖ Guía de servicio al ciudadano
- Documentos de recomendación de política pública a partir de ejercicios de control social:
 - ❖ Contratación
 - ❖ Talento Humano
 - ❖ Apertura informativa
- Documento técnico de apoyo para el CONPES de Rendición de Cuentas 3654

Cooperación con herramientas de acceso a la información

- Internet para la rendición de Cuentas (IPRC):
 - ❖ Proyecto liderado y desarrollado por Transparencia por Colombia en asociación con Colnodo para fortalecer la transparencia en alcaldías y contralorías territoriales.
 - ❖ Se ejecuta mediante la implementación de un software que permite el montaje de páginas web con el propósito fundamental de que los gobiernos brinden información pública a los y las ciudadanas. En sus diferentes fases de implementación IPRC ha contado con el apoyo de USAID, del PNUD y de la GTZ.
 - ❖ En 2005 Transparencia por Colombia hizo entrega del software IPRC para los municipios al programa Agenda de Conectividad del gobierno nacional. Hoy es una estrategia del gobierno denominada “Gobierno en Línea” y liderada por el Ministerio de las Tecnologías de Información y Comunicación que se encuentra en más de 1040 municipios del país.
- Canal de Regalías:
 - ❖ En 2010 se desarrolló un modelo piloto en cuatro municipios de La Guajira (Uribia, Hato Nuevo, Barrancas y Albania) donde se articulan tres áreas de trabajo fundamentales para lucha contra la corrupción: Rendición de Cuentas, Control Social y Acceso a la Información para los recursos de inversión de regalías.

Cooperación con herramientas de control social

- Red de observatorios a los concejos municipales:
 - ❖ Iniciativa de las organizaciones de siete ciudades de Colombia, que vienen adelantando ejercicios de control social y seguimiento a las actividades de los concejos municipales y de los concejales.
 - ❖ Actualmente la Red de observatorios a concejos municipales divulga conocimientos innovadores de forma más estratégica a partir de la producción de información comparativa de las siete ciudades, con el fin de aportar elementos para el mejoramiento de las prácticas en estas corporaciones públicas de elección popular.
 - ❖ Se trabaja en temas como:
 - Acceso a información.
 - Permanencia de concejales.
 - Control político y ley de bancadas.
 - ❖ Transparencia por Colombia ha venido acompañando como Secretaría Técnica y apoyando con recursos financieros, técnicos y políticos, la consolidación y fortalecimiento tanto de los ejercicios de seguimiento a los concejos en las respectivas ciudades como de la Red que los cobija a nivel nacional.

- ❖ La Red de Observatorios está conformada por:
 - Concejo Cómo Vamos, Bogotá (2002); Cali Visible (2003); Observatorio al Concejo Distrital de Cartagena (2004); Concejo Visible, Barranquilla (2004); Observatorio al Concejo de Manizales (2007); Concejo Visible Neiva (2007), Concejo Visible Bucaramanga (2009) y Concejo Visible, Santa Marta (2010).

Cooperación para la rendición de cuentas

- Aplicativo “Cuentas Claras”:
 - ❖ Es una herramienta que facilita a los candidatos, y a través de ellos a las organizaciones políticas, la elaboración y presentación de los informes de ingresos y gastos de campaña, en los términos y formularios exigidos por el Consejo Nacional Electoral, CNE, a través de la Resolución expedida por ese organismo.
 - ❖ En 2007 el Aplicativo fue ajustado a la normatividad vigente y fue puesto a disposición del CNE para apoyar a partidos, movimientos y candidatos en el proceso de elaboración y presentación de los informes oficiales de ingresos y gastos de campañas.
 - ❖ Desarrollada por Transparencia por Colombia en asocio con el National Democratic Institute, NDI, fue adoptado nuevamente por el CNE como canal oficial para la rendición de cuentas durante las elecciones al Congreso y a la Presidencia de la República de 2010.

Cooperación en la producción de conocimiento

- Documento técnico para el Conpes de rendición de cuentas:
 - ❖ En 2009, con apoyo del BID, la Corporación preparó el documento “Asistencia técnica y metodológica en la formulación de una política de Estado transversal y participativa de rendición de cuentas en Colombia.”
 - ❖ Se buscaba realizar un diagnóstico de la rendición de cuentas en Colombia y dar algunas sugerencias para lograr buenas prácticas en este tema.
 - ❖ Este documento sirvió de base técnica para la elaboración del documento CONPES “Política de rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos”.

COOPERACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y DE MEDICIÓN: EL SISTEMA DE MONITOREO DEL CUMPLIMIENTO DE NORMAS ANTICORRUPCIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA TERRITORIAL: ÍNDICE DE GOBIERNO ABIERTO (IGA) 2009-2010

Carlos Augusto Mesa, Procurador Delegado para la Descentralización y las Entidades Territoriales.

Juan Pablo Remolina, Asesor de la Procuraduría Delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, Procuraduría General de la Nación

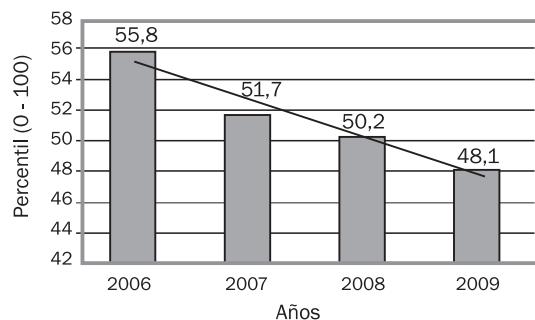
El objetivo de esta parte es analizar las disposiciones legales y medidas puestas en práctica para asegurar la protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes de delitos de corrupción; así como la indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de actos de corrupción.

Ante la corrupción, la Procuraduría General de la Nación tiene la responsabilidad y la capacidad de hacer un aporte significativo.

1.1 La corrupción limita sustancialmente la gobernabilidad y la competitividad de Colombia

- En relación al total de países evaluados (212) Colombia ha disminuido su desempeño en “Control de la corrupción”.

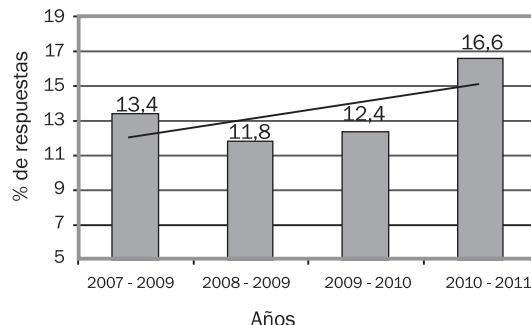
ÍNDICE DE GOBERNABILIDAD DEL BANCO MUNDIAL (IBM): DIMENSIÓN: CONTROL DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA



Fuente: BM. (2010). http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_chart.asp

- De acuerdo con la encuesta del Foro Económico Mundial la corrupción se consolida cada vez más como el factor más problemático para hacer negocios en Colombia.

**| ÍNDICE DE COMPETITIVIDAD DEL FORO ECON. MUNDIAL (FEM):
FACTOR: CORRUPCIÓN**



Fuente: BM. (2010). http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_chart.asp

1.2. De acuerdo con una de las teorías más aceptadas, el fraude se comete a causa de la existencia de tres factores: Presión, Oportunidad y Racionalidad.

1.3. El incumplimiento normativo (falta de capacidad regulatoria) en los Estados es una de las variables que más influye como determinante de la corrupción.

- A mayor cumplimiento de normas (capacidad regulatoria) menor riesgo de corrupción
- 1.4. Colombia cuenta con numerosas normas que apuntan a mitigar los riesgos de corrupción, sin embargo, su nivel de cumplimiento es crítico**
- Según una encuesta realizada en 2010 por la Procuraduría General de la Nación, 91% de 225 entidades territoriales evaluadas incumplen la Ley de Archivos.
 - Según Transparencia por Colombia, en el IMT 2008-2009 más de 70% de las licitaciones no se publicó en el Portal Único de Contratación (PUC).
 - Según el Departamento Nacional de Planeación, en 2009 44% de los municipios (2008: 71%) reportó información incompleta e inconsistente sobre el manejo del Sistema General de Participaciones (c. COP 20 billones).
 - Según la Contaduría General de la Nación, con corte a 2009 el 62% de las 750 entidades que reciben regalías no reportaron a través del Formulario Único Territorial (FUT) las inversiones financiadas con estos recursos (c. COP 6 billones).

- Según una encuesta realizada en 2009 y 2010 por la Procuraduría General de la Nación, 75% de 1141 entidades evaluadas evidencia implementación parcial del Modelo Estándar de Control Interno.
- Según el Ministerio de las TIC, a 31 de diciembre de 2010 93% de las entidades territoriales se encontraban en nivel bajo o medio en la implementación de la fase de información de la Estrategia Gobierno en Línea (límite: 2008).

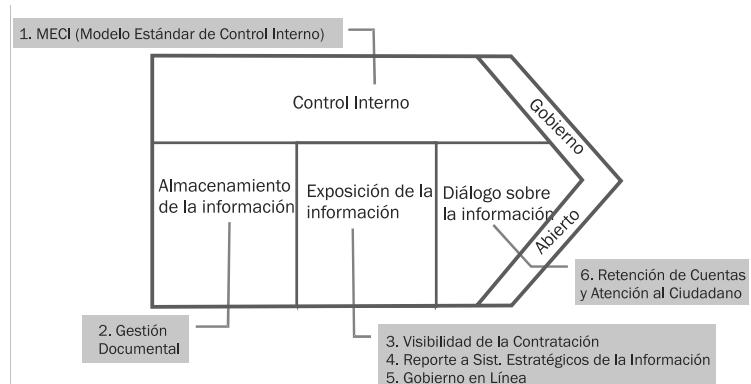
1.5. A la Procuraduría General de la Nación, PGN, como máximo órgano de control de la conducta estatal, le corresponde la vigilancia del cumplimiento de las normas.

- Constitución Política de Colombia 1991.
 - ❖ Artículo 277. “El Procurador General de la Nación, por si o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:
 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

2. Una herramienta de solución desde la PGN: Sistema de monitoreo del cumplimiento de normas anticorrupción: Índice de Gobierno Abierto (IGA)

2.1. La PGN busca adoptar mecanismos modernos para hacer efectivo el cumplimiento normativo (Índice de Gobierno Abierto).

| CADENA DE VALOR DE LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN



2.2. El IGA contiene cuatro componentes que se alimentan de fuentes secundarias.

Indicadores del Índice Gobierno Abierto				
Componente	%	Indicador	%	Fuente
1. Control Interno	20%	1.1. Nivel de implementación del Modelo Estándar de Control Interno (MECI) : Puntaje de implementación del MECI	20%	Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP)
2. Almacenamiento de la Información	20%	2.1. Nivel de cumplimiento de la Ley de Archivos : Número de variables cumplidas / Número total de variables	20%	Archivo General de la Nación (AGN)
3. Exposición de la Información	40%	3.1. Nivel de Visibilidad de la Contratación : Número de contratos publicados en el PUC / Número de contratos suscritos y susceptibles de publicación en el PUC reportados a la Contraloría territorial respectiva	20%	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) Contralorías General de Santander Contraloría Municipal de Bucaramanga Contraloría Municipal de Floridablanca
		3.2.. Índice de cumplimiento de la Estrategia Gobierno en Línea (Fase Información)		Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) - Programa Gobierno en Línea
		3.3. Nivel de reporte a Sistemas Estratégicos de Información		DNP, Min Hacienda y SuperServicios
		3.3.1. Nivel de reporte al SISBEN		DNP (Dirección de Desarrollo Social)
		3.3.2. Nivel de reporte al FUT		Ministerio de Hacienda (Dirección de Apoyo Fiscal - DAF) y DNP (Dirección Nacional de Regalías)
		3.3.3. Nivel de reporte al SUI		Superintendencia de Servicios Públicos (Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo)
		3.3.4. Nivel de reporte al SICEP		DNP (Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible)
		4.1. Nivel de calidad del proceso de Rendición de Cuentas y de Atención al Ciudadano	20%	DNP y Min.TIC
		4.1.1. Nivel de calidad del proceso de Rendición de Cuentas		DNP (Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible)
		4.1.2. Atención al Ciudadano a través de las TIC - Índice de Gobierno en Línea (Fase Interacción)		Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) - Programa Gobierno en Línea
4. Diálogo sobre la Información	20%			

3. Resultados: Prueba piloto en los municipios del departamento de Santander

El promedio del *Índice Consolidado* es bajo (53,2) y la brecha entre municipios es significativa (58.3 puntos) la cual no se debe necesariamente a falta de recursos financieros.

A pesar de las constantes ampliaciones por parte del DAFP del plazo para la *implementación del MECI*, todavía sigue habiendo un incumplimiento (<90%) significativo (58%) de acuerdo a los estándares del DAFF.

La *Gestión Documental* es el segundo elemento más crítico: más del 95% (83) de los municipios no cuentan con Aprobación de Tablas de Valoración Documental (TVD), Aplicación de TVD, Aplicación de Tablas de Retención Documental y Archivo General.

La *Visibilidad de la Contratación* es el elemento más crítico: 51% (44) de los municipios obtuvieron menos de 20 puntos y 33% (29) de los municipios no registra ningún contrato publicado en el PUC.

El reporte a *Sistemas Estratégicos de Información* es el aspecto que muestra mejores resultados: El promedio es alto (87) y los resultados son homogéneos, no obstante, es necesario mejorar en términos de calidad.

La implementación de la estrategia *Gobierno en Línea - Fase de Información* es el segundo elemento que muestra mejores resultados (71), no obstante, esta puntuación se ubica en el rango medio (<90) según los estándares del Min. TIC.

En materia de *Diálogo de la información* tan solo 17% de los municipios realizaron audiencias públicas y 87% muestra un cumplimiento bajo en la implementación de la estrategia *Gobierno en Línea - Fase Interacción*.

A través de *Mesas de Cumplimiento de Normas Anticorrupción* se genera un diálogo sobre los resultados entre la PGN, entidades del gobierno nacional, órganos de control local y alcaldes.

A pesar de la sensibilidad del tema, los alcaldes mostraron una muy buena receptividad de la *Primera Mesa de Cumplimiento de Normas Anticorrupción*.

Además de Mesas de Cumplimiento se distribuyen la Agenda Territorial_de la PGN (recordatorio día a día de las obligaciones) y del boletín trimestral *Ojo Avizor* (Artículos de interés, Buenas y Malas prácticas).

1.4. Conclusiones

- “Mejorar el gobierno abierto y el control de la corrupción importa. Hay un dividendo de desarrollo del 300% como promedio mundial. Si se mejora en cuanto a gobierno participativo, abierto y control de la corrupción de forma realista en el largo plazo el ingreso per cápita del país se incrementa tres veces. Se reduce la mortalidad infantil y se incrementa el alfabetismo. También la competitividad aumenta enormemente”. (Daniel Kaufmann, conferencia realizada el Día Mundial Anticorrupción (9/12/2010) en las instalaciones de la PGN).
- El IGA es un ejercicio piloto por parte de la PGN que busca generar una discusión con los municipios evaluados, con diferentes entidades del orden nacional y territorial y con la sociedad civil, a fin de mejorar los indicadores utilizados para medir el cumplimiento de normas básicas anticorrupción.
- La mayor fortaleza del IGA es que se basa en la colaboración entre las diferentes entidades del Estado que contribuyen con el suministro de información lo que reduce los costos de su captura, permite apalancar las competencias y potencialidades de cada entidad, y evita generar una carga adicional para las entidades territoriales. Asimismo, es una herramienta de medición de la gestión de todas las entidades estatales.
- La clave del ejercicio no está en la medición sino en la socialización de los resultados y acciones posteriores. Esta herramienta le permitirá a la PGN optimizar su acción preventiva y a las entidades territoriales identificar y corregir debilidades.

1.4. Retos

- Afinar indicadores. Incluir indicadores sobre manejo de recursos humanos (UNCAC: art. 7).
- Aplicar el IGA a los 1103 municipios y 32 departamentos del país.
- Socializar los resultados del IGA a todos los próximos alcaldes del país a través de la capacitación obligatoria para posesión (inducción a la administración pública para gobernadores y alcaldes electos) y el Día Mundial Anticorrupción.
- Socializar los resultados del IGA en los departamentos más críticos.
- Aprovechamiento de la información por parte de la entidad evaluada, los órganos de seguimiento y particularmente de la sociedad civil.

**DISPOSICIONES LEGALES Y
PRÁCTICAS SOBRE PROTECCIÓN
DE TESTIGOS, PERITOS, VÍCTIMAS
Y DENUNCIANTES DE DELITOS DE
CORRUPCIÓN EN COLOMBIA**

INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Marco normativo de la Defensoría del Pueblo

- Constitución Política de Colombia
 - ❖ ART. 282. Numeral 4. La organización y dirección de la defensa pública le corresponde a la Defensoría del Pueblo
- Ley 24 de 1992:
 - ❖ ARTS. 21 y 22. Se establece la prestación del servicio de Defensoría Pública.
- Acto Legislativo 003 de 2002:
 - ❖ Inc. 3 Art. 4 Ordenó la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública en el contexto del Proceso Penal Acusatorio.

Marco legal del Sistema Nacional de Defensoría Pública, SNPD

- Ley 906 de 2004 – Sistema Penal Acusatorio.
- Ley 941 de 2005.
- Ley 975 de 2005 – Justicia y Paz.
- Ley 1098 de 2006 – Infancia y adolescencia.
- Ley 1257 de 2008.

| ORGANIZACIÓN Y COMPONENTES DEL SNPD



| ESTRUCTURA DE LA DIRECCIÓN DEL SNPD



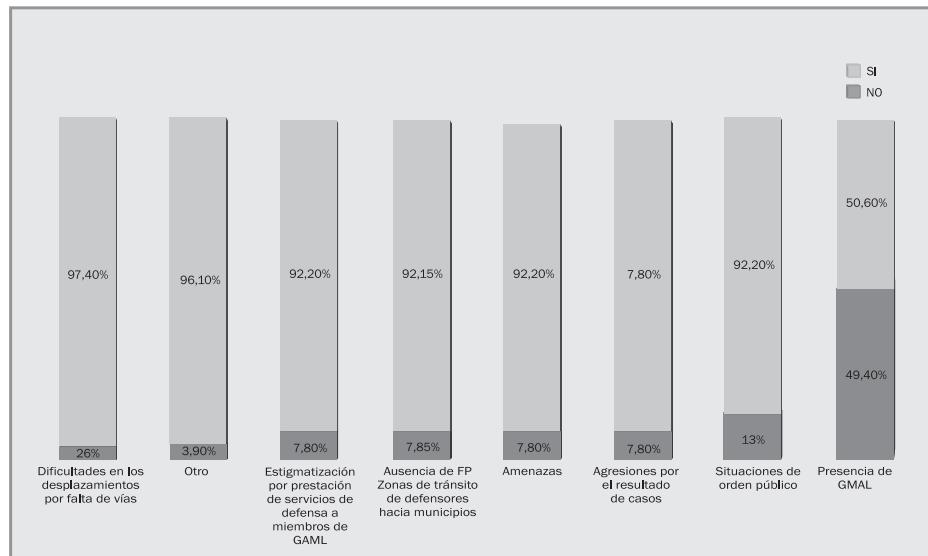
| UNIDAD DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL**Sentencia C-592 de 2005**

¿El art 114 núm. 6 de la Ley 906 que regla: “La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo,” vulnera el artículo 250-7 de la Constitución Política?

Amenazas contra Defensores Públicos

- Manifestación del Defensor Público.
- Remisión al SNDP.
- Solicitud estudio nivel de riesgo:
 - ❖ Nivel de riesgo alto: Se traslada el Defensor a otra Regional.
 - ❖ Nivel de riesgo bajo: La OEA apoya cambio de radicación del proceso.
- Casos:
 - ❖ San Andrés.
 - ❖ Chocó.
 - ❖ Sucre.
 - ❖ Ministerio de Relaciones Exteriores.

| DISTRIBUCIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS QUE HAN IDENTIFICADO FACTORES DE RIESGO PARA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA



Otras personas susceptibles de ser amenazadas

- Profesional administrativo y de gestión
- Peritos
- Investigadores
- Testigos
- ¿Víctimas?

**DISPOSICIONES LEGALES SOBRE
INCAUTACIÓN Y DECOMISO DEL PRODUCTO
DE DELITOS DE CORRUPCIÓN; Y DE BIENES,
EQUIPOS U OTROS INSTRUMENTOS UTILIZADOS
O DESTINADOS A UTILIZARSE EN LA COMISIÓN
DE DELITOS DE CORRUPCIÓN**

COOPERACIÓN PENAL EN MATERIA DE BIENES QUE SE ENCUENTREN EN EL EXTERIOR A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Gonzalo Gómez Escobar, Director de Asuntos Internacionales
de la Fiscalía General de la Nación.

El tema del decomiso de bienes producto de delitos que se encuentren en el exterior, se rige por las normas generales de asistencia judicial que consagra el ordenamiento jurídico colombiano. En materia penal el artículo 485 de la Ley 906 de 2004 desarrolla el tema de “Solicitudes de Cooperación Judicial a Autoridades Extranjeras”.

El párrafo del artículo 489 de la Ley 906 de 2004 establece la posibilidad de ejecutar en Colombia la extinción del derecho de dominio, o cualquier otra medida que implique la pérdida o suspensión del poder dispositivo sobre bienes, declarada por orden de autoridad extranjera competente. En estos eventos el Fiscal competente que estime que procede la medida solicitada enviará la decisión al juez competente para que decida mediante sentencia. La mencionada disposición no reglamenta el tema de la entrega de dichos activos o de compartirlos con el Estado extranjero que requirió dicha medida.

Sobre este particular debe destacarse que la imposibilidad de compartir bienes que han ingresado al tesoro del Estado, decomisados en Colombia, ha sido objeto de pronunciamientos por la Honorable Corte Constitucional mediante sentencias C-404 de 1999 y C-280 de 2001. En dichas providencias, que revisan la constitucionalidad de los tratados de cooperación en materia penal vigentes con Paraguay y Cuba, respectivamente, la mencionada Corporación expresa que es necesaria la existencia de una ley interna que permita a las autoridades compartir dichos bienes que se encuentran bajo la titularidad del Estado. Adicionalmente dichos fallos destacan la necesidad de asignar competencias y facultades que permitan fijar un procedimiento para la transferencia de activos.

Sin embargo, tratándose de bienes que provienen de actos de corrupción, sustraídos del patrimonio de un Estado, deben aplicarse para su devolución al Estado víctima del delito, las reglas contenidas en

la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005 – Sentencia C-172/06 de la Corte Constitucional), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 82 a 100 de la Ley 906 de 2004.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, prevé en su artículo 31 la posibilidad de embargo preventivo, incautación y decomiso de bienes, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno. La aplicación de estas medidas es frente al producto de delitos tipificados en dicha Convención y dispone la necesidad de decomiso de los bienes equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados en dicho instrumento internacional. Igualmente se estipula que lo previsto en esta convención es sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

En el artículo 46 de la Convención contra la Corrupción, en relación con la asistencia judicial recíproca, se estipula la posibilidad de prestarse cooperación para efectos de: “...j) *identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención; k) Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención.*”

Se prevé que las solicitudes de asistencia se cumplirán de acuerdo con el derecho interno del Estado requerido y en la medida que ello no lo contravenga y sea factible.

El tema de recuperación de activos es un principio fundamental de la convención contra la corrupción, motivo por el cual los Estados parte se deben prestar la más amplia cooperación y asistencia en esta materia.

El artículo 53 trata sobre medidas de recuperación directa de bienes. Determina la necesidad de adoptar medidas sobre la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Adicionalmente prevé que se faculte a los tribunales competentes para que se adopten las medidas necesarias que permitan ordenar a quienes hayan cometido delitos tipificados en la mencionada Convención, para que se indemnicen o resarzan los daños y perjuicios a otro Estado parte perjudicado con dichos delitos.

Igualmente el Estado parte debe facultar a sus tribunales o a sus autoridades competente para que cuando se adopten decisiones sobre decomiso, se reconozca el legítimo derecho de propiedad de otro Estado parte sobre bienes adquiridos con el producto de dichos delitos.

Debe advertirse que el artículo 54 de la Convención que trata sobre los mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso, prevé que la asistencia

judicial en esta materia es de conformidad con su ordenamiento jurídico interno del Estado en donde se encuentra el activo.

Teniendo en cuenta las evidentes limitaciones de nuestro ordenamiento jurídico para la entrega de bienes y mientras se desarrolla una ley interna que permita compartir o entregar todos los bienes que puedan ser objeto de decomiso al Estado afectado con el delito, debe tenerse especial cuidado por parte del funcionario de conocimiento del asunto para encausar las solicitudes por la vía más adecuada para la efectiva aplicación al artículo 99 de la Ley 906 de 2000 (Código de Procedimiento Penal), que estipula como medida provisional a favor de las víctimas que a petición del interesado el fiscal de conocimiento podrá: “...ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados”.

Igualmente, el artículo 82 de la Ley 906 de 2004, que desarrolla la figura del comiso, expresa que dicha figura también procede sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda al de bienes producto directo o indirecto, en los casos que no sea posible su localización, identificación o afectación material, sin perjuicio de derechos que tengan sobre dichos bienes los sujetos pasivos del delito o de terceros de buena fe.

Por otra parte el artículo 92 de la Ley 906 de 2004, prevé la posibilidad de que 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, podrá decretar sobre bienes del imputado o acusado las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

Gracias a las anteriores reglas puede obtenerse la devolución de los bienes trasladados al territorio nacional, que sea requerida por medio de solicitud de asistencia judicial o por medio del representante del respectivo Estado afectado, en cumplimiento de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Por su parte las solicitudes para la obtención de la devolución de bienes donde el Estado Colombiano sea víctima del delito deben presentarse por medio del respectivo requerimiento de asistencia judicial dirigido al Estado donde se encuentre el producto del delito o bienes equivalentes que aparezcan en cabeza del sujeto activo de la conducta.

El objetivo de esta parte es analizar algunos temas del Capítulo IV de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción: Cooperación Internacional



**COOPERACIÓN INTERNACIONAL:
IDENTIFICACIÓN DE TEMAS PARA
TRABAJO EN COLOMBIA**

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN- CAPÍTULO IV

Dorothee Gottwald, UNODC, Subdivisión de Lucha Contra la Corrupción y los Delitos Económicos; Área Justicia y Seguridad

Requisitos funcionales con relación a la aplicación de la Convención

Los Estados Parte de la Convención están obligados a prestar asistencia jurídica mutua. La UNCAC cuenta con muchos instrumentos que no se utilizan, como la extradición.

- Cuestión de la doble incriminación:
 - ❖ Delitos obligatorios.
 - ❖ Delitos opcionales.
- Importancia de reducir requisitos de doble incriminación tanto como sea posible.
- Extradición: Busca garantizar que todos los delitos sean extraditables entre los Estados parte. Supone:
 - ❖ Obligación de “extraditar o enjuiciar” a los nacionales del Estado requerido
 - ❖ Entrega condicional de nacionales y devolución para cumplir la condena
 - ❖ Motivos de denegación:
 - Derechos humanos.
 - No únicamente por implicaciones tributarios.
 - Consultar antes de denegar.
 - ❖ Armonización con tratados y legislación nacional.

Se encuentra sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado parte requerido o en los tratados de extradición aplicables (artículo 44, párrafo 8).

- Asistencia judicial recíproca: Prestación de la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con delitos comprendidos en la Convención. Supone:
 - ❖ Designación de una autoridad central encargada de recibir las solicitudes, darles cumplimiento y transmitirlas a las autoridades competentes.
 - ❖ No se invocará el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca.
 - ❖ Podrá prestarse asistencia judicial recíproca en ausencia de doble incriminación cuando no entrañe medidas coercitivas.
 - ❖ Se encuentra sujeta a condiciones previstas en el Artículo 46, párrafo 9-29:
 - Siempre que no medie entre los Estados parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca.
 - Cuando los Estados Parte estén vinculados por un tratado de asistencia judicial recíproca, se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29.
 - La Convención alienta a los Estados Parte que apliquen los párrafos 9 a 29 si los mismos sirvan a una mayor cooperación.

La UNCAC puede ser utilizada como un mini - tratado en términos de extradición. Pero si hay un tratado específico bilateral para asistencia judicial reciproca, se debe utilizar éste.

- Cooperación directa entre organismos encargados de cumplimiento de la ley: artículo 48, párrafo 2.
 - ❖ A falta de acuerdos o arreglos en materia de cooperación directa, los Estados parte podrán considerar que la Convención constituye la base para la cooperación directa.
- Otras medidas de cooperación:
 - ❖ Cooperación en indagaciones.
 - ❖ Canales de comunicación e intercambio de información (Art. 48).
 - ❖ Investigaciones conjuntas (Art. 49).
 - ❖ Técnicas especiales de investigación (Art. 50).

Mantener la reserva por parte de otro Estado y cómo manejar poca cooperación:

- Nunca se puede negar información a otro Estado alegando asuntos tributarios, se debe explicar y justificar otros asuntos
- Se puede aplazar la entrega de la información, y poner unas fechas que le sirvan al otro Estado.
- Prontitud con que el Estado requerido responde: se debe informar en qué va la solicitud que se ha hecho.
- Si no puede hacer el requerimiento, debe comunicarse con el Estado, dar opciones, explicar las condiciones.
- Cuando un testigo o perito se traslada al país para dar testimonio, no puede ser detenido por otros delitos ni puede ser capturado si el delito fue previo a la diligencia. Si la persona permanece en el país por más de quince días después de finalizada la diligencia si puede ser capturada.
- A discreción del Estado, puede darse información oficial para aportar a los procesos.

Intervenciones de funcionarios a partir de la presentación:

- Sobre el art 46, la funcionaria del CTI de la Fiscalía comentó que esta institución puede entregar la información solicitada por la entidad del otro Estado, pero mediante orden de un juez que permita levantar la reserva.
- Las videos conferencias como apoyo podrían ser usadas para cooperar en casos de corrupción, hoy se están aplicando en el marco de la Ley de Justicia y Paz.
- En 2009 se creó el Grupo de Inteligencia Anticorrupción. Se sugiere confirmar si este grupo sigue funcionando y si existe coordinación de operaciones conjuntas.
- Operaciones con otros países se manejan por la Policía Nacional Dirección de investigaciones criminales e Interpol. Según la información con la que se cuenta, no hay experiencias para casos de corrupción.
- Las acciones de inteligencia no son prueba judicial sino se realizan vinculadas a un proceso (la inteligencia no es controvertible). Pero para Asistencia Jurídica, al ser considerado una investigación criminal, si puede ser usada como prueba y se permite el intercambio de información.
- ¿La inteligencia es o puede ser una herramienta efectiva en temas de corrupción para Colombia? En México los organismos de inteligencia pueden ser denunciantes, y en consecuencia, se puede llevar como prueba al proceso. Pero en Colombia la información de inteligencia es criterio orien-

tador, pero no prueba. Entre las acciones de inteligencia y la investigación se puede compartir información para buscar la flagrancia, pero lo único que se lleva ante el juez es el resultado de la unidad de investigación.

- Pareciera que los acuerdos de colaboración se usarían más en acciones de inteligencia, pues los organismos de Policía Judicial trabajan con los Embajadas de varios países y llevan casos. Quizás este es la situación por la que Colombia aplica estos acuerdos. Sin embargo, no hay casos conocidos frente al tema de corrupción, como sí es clara su aplicación en el tema de narcotráfico.

ANEXO II

¿CÓMO VA COLOMBIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN?

*Memorias del evento celebrado el
Día Internacional contra la Corrupción
9 de diciembre de 2011*

PRESENTACIÓN

El 9 de diciembre de 2011 se llevó a cabo en Bogotá la conmemoración del Día Internacional contra la corrupción. Ese día la Corporación Transparencia por Colombia y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC, se unieron a esta celebración mundial con la organización de un evento en el cual el Estado y la sociedad civil respondieran a la pregunta de ¿Cómo va Colombia en la lucha contra la corrupción?

El Día Internacional de la Lucha contra la Corrupción busca concientizar a la población sobre los efectos negativos de la corrupción en todo el mundo. El 9 de diciembre de 2003 se inauguró el periodo de firmas la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción por la Asamblea de las Naciones Unidas, y a la fecha esta ha sido ratificada por 158 países.

El evento, realizado en las instalaciones de las UNODC, reunió a organizaciones de la sociedad civil, al gobierno nacional y a funcionarios de los órganos de control del Estado. En el acto intervinieron el Ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, la Contralora General de la República, Sandra Morelli Rico, el Director de Evaluación de Políticas Públicas del Departamento Nacional de Planeación, Diego Dorado, el representante en Colombia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Aldo Lale – Demoz, la directora ejecutiva de la Corporación Transparencia por Colombia, Elisabeth Ungar Bleier y la coordinadora del Informe independiente de la sociedad civil sobre el cumplimiento de los compromisos de Colombia frente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, María Angélica Sánchez, también de Transparencia por Colombia.

La oportunidad también fue aprovechada para hacer un re-lanzamiento en el país de la campaña internacional “Es tiempo de despertar”, realizada con el apoyo de Transparencia Internacional, la Embajada de Alemania, Forum SYD (FOS) y Caracol Social. “Es tiempo de despertar” es una iniciativa que busca sensibilizar a los ciudadanos sobre los efectos de la corrupción en sus vidas y se divulgará durante el 2012 en 20 países del mundo, siendo Colombia el país piloto en Latinoamérica.

En esta memoria se presentan los resultados del Informe independiente de la sociedad civil sobre el cumplimiento de los compromisos de Colombia frente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, así como el pronunciamiento del Sistema Naciones Unidas sobre el Día Internacional contra la Corrupción. Igualmente se presentan resúmenes de las intervenciones del Ministro del Interior, la Contralora General de la Nación y el Director de Evaluación de Políticas Públicas del Departamento Nacional de Planeación, pues por razones técnicas no se logró un registro completo de sus intervenciones.

¡ES TIEMPO DE DESPERTAR Y DECIR NO A LA CORRUPCIÓN EN NUESTRA VIDA!

No al soborno por evitarse una multa de tránsito,

No al soborno para pagar menos impuestos,

No a pagar favores “extras” por acceder a un derecho básico como la salud,

Nunca más regalarle su voto a nadie

Nunca más quedarnos callados frente a violación de los derechos humanos.

Los invito a ver el siguiente video de la campaña y a sumarse a esta campaña participando en el concurso de video 60 segundos contra la corrupción que tendrá convocatoria abierta hasta el 20 de enero de 2012.

Para más información visiten www.transparenciacolombia.org.co y www.tiempodedespertar.org.co".

PRONUNCIAMIENTO DEL SISTEMA NACIONES UNIDAS SOBRE EL DÍA INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Intervención del representante en Colombia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Aldo Lale – Demoz

En su intervención, el representante de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito leyó el mensaje del Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon con ocasión del Día Internacional Contra la Corrupción:

“La corrupción aflige a todos los países, minando los progresos sociales y alimentando la desigualdad y la injusticia. Cuando personas e instituciones corruptas roban unos fondos para el desarrollo que se necesitan desesperadamente, le están robando a los pobres y las personas vulnerables la educación, la sanidad y otros servicios esenciales.

“Si bien la corrupción puede marginar a los pobres, no los silenciará. Este año, en el mundo árabe y en otras regiones del mundo, los ciudadanos de a pie han unido sus voces para denunciar la corrupción y exigir que los gobiernos combatan este delito contra la democracia. Sus protestas han desencadenado cambios en la escena internacional que apenas si podrían haberse imaginado solo unos cuantos meses antes.

“Todos nosotros tenemos la responsabilidad de ponernos manos a la obra para combatir el cáncer de la corrupción.

“Las Naciones Unidas están ayudando a los países a luchar contra la corrupción en el marco de su campaña general, a nivel de todo el sistema, destinada a contribuir a reforzar la democracia y la buena gobernanza.

“La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un poderoso instrumento en esta lucha. Insto a todos los gobiernos que aún no la hayan ratificado a que lo hagan sin demora. Así mismo, exhorto a los gobiernos a que incluyan medidas de lucha contra la corrupción en todos los programas nacionales de apoyo al desarrollo sostenible.

“El sector privado también puede salir enormemente beneficiado de la adopción de medidas eficaces contra la corrupción. La corrupción distorsiona los mercados, incrementa los costos para las empresas y, en última instancia, castiga a los consumidores. Las empresas pueden crear una economía mundial más transparente adoptando iniciativas de lucha contra la corrupción, incluida la labor del Pacto Mundial de las Naciones Unidas.

“En este Día Internacional contra la Corrupción, comprométamonos a hacer la parte que nos corresponde tomando medidas enérgicas contra la corrupción, avergonzando a quienes la practican y engendrando una cultura que valore el comportamiento ético”.

Por último, el señor Lale-Demoz exaltó la sanción del Estatuto Anticorrupción, como una muestra de la voluntad política del Presidente de la República de Colombia. Para Lale-Demoz la ratificación de esta ley demuestra la coincidencia entre las voluntades políticas del gobierno, el Congreso de la República y la ciudadanía en la lucha contra la corrupción.

LA LUCHA DEL GOBIERNO COLOMBIANO CONTRA LA CORRUPCIÓN

**Pronunciamiento del Ministerio del Interior, Germán Vargas Lleras
(Síntesis)**

En su intervención, el Ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, planteó la preocupación del gobierno nacional por los resultados del último Índice de Percepción de Corrupción – IPC 2011, realizado por Transparencia Internacional, en el que Colombia obtuvo un puntaje de 3.4, una décima menos que la reportada en la misma medición en 2010. Así mismo, el país descendió en el ranking general del IPC, al pasar de la posición 78 a la 80 entre 183 países evaluados.

Sin embargo, el ministro reiteró el esfuerzo que ha realizado el presidente Juan Manuel Santos para avanzar en la lucha contra la corrupción. Resaltó acciones como la sanción del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) en el mes de julio de 2011 y la puesta en marcha de mecanismos de buenas prácticas para la rendición de cuentas del Estado. No obstante, señaló que aún persiste la necesidad de fortalecer los mecanismos de acceso a la información pública, como una estrategia para combatir este flagelo.

Con respecto a lo anterior, resaltó las ventajas del Estatuto Anticorrupción, que puso sobre la mesa la necesidad de hacer una reingeniería de la gestión pública, como un mecanismo para implementar procesos eficaces y eficientes dentro del Estado. Así mismo, recalcó el compromiso del gobierno en la aplicación de esta ley, que puede verse reflejada en la instalación de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, una apuesta del gobierno actual por lograr un trabajo mancomunado entre las entidades del Estado y la sociedad civil para coordinar acciones unificadas, sistematizar y compartir información y elaborar informes de seguimiento al cumplimiento de las normas en materia anticorrupción.

Así mismo, indicó que el gobierno colombiano comparte la preocupación revelada por Transparencia por Colombia en el tema del elevado porcentaje de contrataciones directas que manejan las entida-

des estatales hoy en día. Sin embargo, sostuvo que el Estatuto Anticorrupción contiene medidas para corregir esto, como la obligación de establecer una estrategia anticorrupción en cada una de estas entidades, la cual debe ser publicada en la página web de la misma a más tardar para el 31 de enero de cada año. En esa estrategia se debe proveer un mapa de riesgos de corrupción y medidas para mitigar dichos riesgos, estrategias anti trámites y mecanismos para mejorar la atención al ciudadano.

Con respecto a las estrategias del gobierno para reducir el número de trámites, señaló que se ha trabajado con más de 70 mil ciudadanos para la identificación de trámites innecesarios. Su intervención finalizó recalando que “el país ha tenido las leyes pero no ha tenido voluntad política para ejecutarlos”.

INFORME INDEPENDIENTE DE LA SOCIEDAD CIVIL SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE COLOMBIA DE SUS COMPROMISOS FRENTE A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Intervención de la directora ejecutiva de la Corporación Transparencia por Colombia, Elisabeth Ungar Bleier, junto con María Angélica Sánchez, coordinadora del informe

La presentación del informe alude a cuatro ejes de trabajo: 1. Contexto, en el cual se presentarán cifras sobre la percepción de corrupción en Colombia; 2. La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción y el proceso de examen del Estado colombiano; 3. Hallazgos del Informe independiente de Transparencia por Colombia y 4. Recomendaciones de Transparencia por Colombia al Estado colombiano”.

Contexto: cifras sobre la percepción de corrupción en Colombia.

El 1 de diciembre Transparencia Internacional presentó el Índice de Percepción de Corrupción 2011 en el que Colombia obtuvo un puntaje de 3,4, a pesar de que la meta trazada por el gobierno en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 fue de 4,0.

La baja calificación obtenida por Colombia es además una décima menos que la reportada en la medición de 2010. El país descendió además en el ranking general del IPC, al pasar de la posición 78 a 80 entre los 183 países evaluados por Transparencia Internacional.

Con relación a los países del continente americano evaluados en el IPC 2011, la calificación nacional es menor a la de trece países de la región y, a nivel suramericano, Colombia está en el grupo de las calificaciones deficientes. Sólo Chile y Uruguay obtuvieron calificaciones aceptables, con 7,2 y 7,0 respectivamente.

Para la consolidación de esta medición, Transparencia Internacional evaluó los niveles de percepción de corrupción en el sector público (a nivel político y administrativo) en un país determinado,

basado en el promedio de los resultados de 17 diferentes encuestas de fuentes de alta credibilidad, que tienen en cuenta factores como la aplicación de leyes contra la corrupción, acceso a la información pública y conflictos de interés, entre otros.

Además del IPC 2011, otras mediciones revelan la preocupante situación de percepción de corrupción en el país. El III Panel de Opinión 2011, de la firma especializada Cifras y Conceptos, indica que combatir la corrupción es una prioridad para los líderes de opinión ya que frente a la pregunta sobre ¿cuáles serán los desafíos más importantes para el país en 2012, la mayoría de respuestas (22%) señalan “combatir la corrupción”, aunque también refleja que se cree que ha habido avances en este sentido.

De la misma forma, la Gran Encuesta sobre corrupción del Centro Nacional de Consultoría para la revista Credencial, realizada en agosto de 2011, establece que el problema de la corrupción en el país es calificado de grave por el 94% de los encuestados, así como que el mayor logro que le será reconocido al actual presidente Juan Manuel Santos al final de su gobierno será la lucha contra la corrupción.

La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción –UNCAC- y el proceso de examen de su implementación por el Estado Colombiano.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción es el acuerdo internacional de lucha contra la corrupción más amplio en el mundo, del cual hacen parte 158 Estados. Se firmó el 9 diciembre de 2005 y Colombia la aprobó mediante la Ley 970 de 2005, ratificado ante la ONU en 2006.

La Convención es un hito, ya que contempla medidas como la repatriación de fondos robados, la extradición por corrupción y duras medidas contra el sector privado. Colombia asumió un liderazgo regional e internacional en la redacción y negociación de la Convención.

Actualmente, el país está realizando un autoexamen sobre la implementación de esta Convención, específicamente en los temas que tienen que ver con el capítulo III, sobre las medidas penales que los Estados Parte deben incorporar a sus legislaciones y las medidas de cooperación internacional contenidas en el capítulo IV de la misma. En este sentido, lo que se evalúa es la aplicación de las disposiciones y el avance en los compromisos de ajustes normativos, con énfasis en la penalización de la corrupción.

Esta evaluación está a cargo del Estado por medio de la presentación de un Informe oficial de seguimiento, que será presentado a finales de febrero a las Naciones Unidas, específicamente a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNODC. Adicionalmente, el proceso contempla la elaboración de un examen intergubernamental a cargo dos Estados Parte de la Convención, que para

el caso colombiano corresponde a los países de Nicaragua y Eslovenia. Estos países harán visitas a Colombia para verificar los hallazgos presentados en el informe por parte del Estado.

Sin embargo, la evaluación de la implementación de la UNCAC tiene algunos obstáculos en materia de metodología, como quiera que no hace obligatoria la participación de la sociedad civil en el proceso ni la presentación pública de los resultados para los Estados. Es por ello que la falta de voluntad de los gobiernos para levantar el secreto bancario y las barreras legales para la recuperación de los activos robados dificultan el análisis de la información para seguimiento de la implementación de la UNCAC, y la posibilidad de obtener resultados efectivos y confiables.

Teniendo en cuenta que el gobierno colombiano ha promovido la participación de la sociedad civil en la evaluación a través de talleres y reuniones, la Corporación Transparencia por Colombia, con el apoyo de UNODC, ha trabajado en la elaboración de un informe paralelo e independiente, pidiendo cuentas al gobierno sobre los resultados de su evaluación.

Para la elaboración del Informe, Transparencia por Colombia trabajó un año en la investigación e interlocución con entidades del Estado con el fin de revisar la legislación y la jurisprudencia en materia de penalización de la corrupción con expertos juristas; trabajó con la Alta Consejería para el Buen Gobierno y el Departamento Nacional de Planeación en la elaboración de documentos para el Plan Nacional de Desarrollo; participó en audiencias y entregó recomendaciones para el Estatuto Anticorrupción; formuló lineamientos para la política pública de lucha contra la corrupción y llevó a cabo tres mesas de trabajo, talleres y entrevistas con sesenta funcionarios públicos de entidades estatales, órganos de control, expertos juristas y representantes del sector privado para obtener información sobre la incorporación e implementación de la UNCAC en el país.

Los hallazgos de este informe se pueden resumir en cinco aspectos principalmente:

1. El sistema penal acusatorio no es eficiente para luchar contra la corrupción;
2. Hay una ausencia de información pública clara, completa y oportuna sobre estadísticas y resultados de lucha contra la corrupción;
3. Los organismos de control y de investigación reconocen y alertan sobre sus limitadas capacidades y recursos para responder a los desafíos del Estatuto Anticorrupción;
4. A pesar de las reformas contempladas en el Estatuto Anticorrupción para castigar de manera contundente al sector privado, la norma para sancionar penalmente a las empresas que cometen delitos de corrupción no se está aplicando y
5. La efectividad de la legislación anticorrupción y de los esfuerzos de las entidades corre riesgos, por no hacer parte de una política integral de prevención y lucha contra la corrupción.

Frente al primer punto, sobre la urgencia de reformar el Sistema Penal Acusatorio, el informe de la sociedad civil encuentra que ha habido un retroceso en la labor de investigación de delitos contra la administración pública. Primero, porque la Ley 609 de 2004, o Código de Procedimiento Penal, quitó poder a la Fiscalía para investigar estos delitos e impidió que dicho organismo emitiera órdenes de captura para hacer comparecer a los posibles responsables. Además, bajo este Sistema, el presunto responsable tiene la posibilidad de no acudir al interrogatorio, generando desgastes en la justicia. Las decisiones de un ente investigador, que en el anterior sistema debían ser sometidas a la revisión de los superiores jerárquicos de la Fiscalía, ahora deben ser sometidas a conocimiento de los jueces de control de garantías. Además, el sistema actual no hace obligatorias las indagatorias.

La “oralidad” no cumplió con el objetivo de agilizar los fallos y las condenas. Por una parte, toda la evidencia recaudada debe ser formalizada en el juicio. En el anterior sistema todas las partes podían controvertir la prueba desde la investigación, y si se retractaba algún testigo la prueba testimonial ya había sido recabada en forma debida. Se encuentra también que persisten riesgos de corrupción por la compra de jueces y testigos, y que la avalancha de aplazamientos y agendas de los jueces ha congestionado el sistema.

Por otra parte, no hay uniformidad en el criterio. En ocasiones, cada despacho toma una decisión que es contraria a otra, lo que puede significar la pérdida de importantes elementos probatorios o de evidencia recaudada por la Policía Judicial.

En suma, la estructura del actual sistema acusatorio no permite mayores garantías a los intervenientes. Y, más grave aún, resulta ineficiente a la hora de investigar y castigar las conductas corruptas.

Esto es claro con los ejemplos encontrados en la elaboración de este informe. Por una parte persiste el riesgo de la compra de testigos, de jueces y de los testimonios falsos. Por otra parte, en ninguno de los procesos más importantes abiertos en el último año, como los de Agro Ingreso Seguro, el carrusel de la Salud y el desfalco en la Dirección Nacional de Estupefacientes han terminado en condenas. Incluso, este sistema en la jerga de los abogados es llamado “Sistema Penal Acusatorio” porque se están tomando entre dos y tres meses para reprogramar una audiencia. El caso más evidente es el de los primos Nule, en el que las audiencias se han aplazado seis veces.

En cambio, la Ley 600 (Antiguo Código de Procedimiento Penal) aplicada por la Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento de los congresistas acusados por parapolítica ha resultado muy efectiva, como demuestra el alto número de condenas en este caso.

En cuanto al segundo punto, sobre la ausencia de estadísticas y resultados de lucha contra la corrupción, Transparencia por Colombia encuentra que el Estado no entrega información consolidada

y clara sobre sanciones disciplinarias a funcionarios públicos, y ofrece información incompleta en materia de quejas y reclamos sobre procesos de contratación pública en entidades como el Ministerio de Transporte o el Instituto Nacional de Vías, INVIAS.

Así mismo, el gobierno de Colombia muestra amplia información sobre implementación de programas y normas anticorrupción, pero no lo hace cuando se solicitan resultados estadísticos (Estudio comparativo entre 20 países “Cuenten lo que han hecho”, Transparencia Internacional, 2010).

En agosto de 2011, Transparencia por Colombia solicitó información a la Contraloría, Procuraduría y Fiscalía para el Informe independiente UNCAC sobre estadísticas de investigaciones y fallos por corrupción. La Contraloría y la Procuraduría informaron estar trabajando en recopilar información pero la Fiscalía no respondió. A la fecha no se ha obtenido la información, lo que ha dificultado el proceso de evaluación desde la sociedad civil.

En tercer lugar, el Informe encuentra limitadas capacidades y recursos por parte del Estado para responder a los desafíos impuestos por el Estatuto Anticorrupción, en cuanto a que no se ha dotado de los recursos necesarios a los órganos de control e investigación para responder a nuevas funciones y metas. No se ampliaron las plantas de personal; en las mesas de discusión dispuestas por Transparencia por Colombia con los órganos de control, la Fiscalía manifestó que el organismo mantiene los mismos fiscales para delitos contra la administración pública. La Contraloría por su parte, creó cuatro dependencias con contralores intersectoriales de alto nivel, pero sin planta de personal de apoyo, y la Procuraduría no pasó la aprobación por parte del Congreso.

Además de la falta de personal, hay carencias en la calificación del personal existente en el nivel regional, donde los funcionarios no cuentan con experiencia para enfrentar a abogados en un proceso verbal. Adicionalmente, para este procedimiento hay muchas debilidades en la recopilación de soportes probatorios y en la elaboración de fallos. Enfrentar un proceso verbal exige más tiempo y capacitación para las auditorias, investigaciones disciplinarias y de responsabilidad fiscal. Como agravante, el Estatuto no hace “obligatorio” el uso de medios para registrar las audiencias, lo que genera distorsiones y discrecionalidad para su manejo.

En este sentido, tanto la Contraloría como la Auditoría manifestaron su preocupación por vacíos para la aplicación del proceso verbal y por la posible ineeficacia en los acciones de responsabilidad fiscal bajo este modelo.

Por otra parte, el principio de oportunidad enunciado en el Estatuto no explica cómo debe aplicarse la acción de responsabilidad fiscal. Esta acción busca recuperar el detrimento más que sancionar, y el

principio de oportunidad otorga beneficios penales por colaborar ¿Cómo funcionará? El proceso verbal requiere de mayor tiempo y esfuerzo para cualquier investigador.

La Procuraduría delegada para Asuntos Territoriales alerta sobre el colapso en las regiones de los operadores disciplinarios: no se puede cumplir con las metas altas para resolver procesos sin haber incluido más planta y capacitación especializada. Esto se asemeja a la situación vivida por la Fiscalía con el inicio del Sistema Penal Acusatorio.

Los funcionarios de órganos de control e investigación, no están siendo involucrados como se espera en la construcción de la Política Pública de Lucha contra la Corrupción. Por esta razón, temen que se repita lo sucedido con la Ley 190 de 1995 (antiguo Estatuto), donde al igual que en la ley 1474 de 2011 se planteó la creación de la Comisión Nacional de Moralización para esta tarea de coordinación e interacción entre los organismos y estamentos del Estado para la Lucha contra la corrupción, pero ésta nunca se puso en marcha.

En cuanto a la aplicación de las medidas contempladas por el Estatuto Anticorrupción para la penalización de conductas de corrupción en el sector privado, Transparencia por Colombia señala que el gobierno colombiano demostró voluntad de mejorar el cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incluyendo medidas en la ley para ampliar la corresponsabilidad de particulares y de las empresas en la prevención y lucha contra la corrupción.

La efectiva sanción de la corrupción privada y la responsabilidad de las personas jurídicas en delitos contra la administración pública son claves para la buena calificación de Colombia en el Comité Anticorrupción de la OCDE. El primer paso para ingresar a la OCDE es adaptar completamente la normatividad y las prácticas a la Convención UNCAC.

La evaluación de la sociedad civil sobre el tema refleja que las medidas del Estatuto para el sector privado, deben ser mejoradas para cumplir plenamente con el mandato de la Convención UNCAC. Por una parte, el Art. 16 que tiene que ver con la tipificación del delito de corrupción entre privados, indica que prevalece el comportamiento nocivo de ser menos exigente con la corrupción privada que con la pública.

Por otra parte, frente al delito de Soborno Transnacional, contenido en el artículo 30 del Estatuto, adopta la sanción por dar u ofrecer a un funcionario extranjero, pero no se establece una sanción al funcionario extranjero que pida o acepte (párrafo 2 Art. 16. UNCAC).

Además, Transparencia por Colombia sugiere que frente al secreto profesional para revisores fiscales (Art. 7 del Estatuto), se perfeccionaría ampliándolo a abogados.

En cuanto al lavado de activos y enriquecimiento ilícito por corrupción, el Informe señala que los instrumentos para detectar enriquecimiento ilícito en el país son débiles. Esto se suma además a que no se está aplicando ni haciendo seguimiento a la medida de control de declaración de bienes y rentas, todo lo cual se demuestra con los 16.000 millones en comisiones en el caso del alcalde Samuel Moreno ¿cómo se pueden detectar?

Adicionalmente, se resalta que se perdió la oportunidad de fortalecer la detección del lavado de activos al quedar excluido del Estatuto el artículo que buscaba hacer seguimiento financiero a personas políticamente expuestas (interventores y consultores públicos).

En cuarto lugar, el Informe de la sociedad civil revela que en Colombia los delitos por corrupción cometidos por empresas o personas jurídicas pueden quedar sin sanción. Esto, en la medida en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas aún es inaplicable a pesar de haber sido contemplada en el Estatuto Anticorrupción.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una norma nueva. Ya estaba incluida en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906). El Art. 34 del Estatuto Anticorrupción lo único que agrega es que una persona jurídica puede ser vinculada como tercero civilmente responsable, pero esto no es una sanción sino un llamado a un proceso desde el derecho civil. Por lo tanto no configura pena o castigo. En este sentido, aunque el Estatuto supuestamente contempla mayores herramientas para castigar a las empresas, incluyendo una norma explícita en este sentido (Art. 34 del Estatuto Anticorrupción), por los vacíos jurídicos preexistentes, los jueces no están en capacidad ni en el deber de aplicarlos.

En razón a lo anterior, la sociedad civil y específicamente Transparencia por Colombia recomiendan, en primer lugar, revisar elementos del Sistema Penal Acusatorio que generan obstáculos y construir colectivamente una reforma que rescate aspectos de anterior y del nuevo sistema. El sistema judicial debe enfrentar con decisión las manifestaciones de corrupción judicial para responder con eficiencia a la lucha contra la corrupción en Colombia, por ejemplo en la Reforma a la Justicia. Se debe mejorar el diseño y la reglamentación de normas y herramientas de responsabilidad por corrupción para sector privado, como el soborno transnacional, la corrupción privada, el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito por corrupción de cara al ingreso de Colombia a la OCDE y para la efectividad de la lucha contra la corrupción.

Adicionalmente, es fundamental dar inicio a la construcción de la política pública de lucha contra la corrupción involucrando a todas las entidades responsables y teniendo en cuenta los aportes de los funcionarios técnicos que viven las dificultades de la implementación normativa día a día. Este proceso debe contar con el fortalecimiento de las capacidades y recursos para la prevención de la corrupción

en todo el Estado a nivel nacional y regional, de forma participativa, siendo este la principal tarea de la política pública y la nueva institucionalidad contra la corrupción.

Por último, se promueve la necesidad de adoptar una ley Estatutaria de Acceso a la Información Pública que busca promover el derecho ciudadano de acceso a la información pública y el deber estatal de visibilizar y promover activamente esta información sin necesidad de solicitud previa, basado en la cultura de la transparencia.

Los hallazgos de la aplicación de la UNCAC en Colombia serán publicados y entregados formalmente al gobierno en enero de 2012. Así mismo, se contempla la elaboración de un resumen ejecutivo que será entregado a los países investigadores en febrero de 2012. La publicación del Informe para consultas a nivel nacional e internacional se llevará a cabo en el mes de marzo, en un esfuerzo realizado por Transparencia por Colombia y la Oficina de las Naciones Unidas para la Drogas y el Delito, UNODC.

Este informe fue elaborado por la Corporación Transparencia por Colombia, con la asistencia legal pro-bono del experto jurista Raúl Eduardo Sánchez Sánchez y la firma De Brigard & Urrutia en Colombia. Así mismo, contó con el apoyo financiero y técnico de UNODC Colombia y Transparencia Internacional.

LA UNCAC TIENE VARIOS AÑOS DE RETRASO EN COLOMBIA

Pronunciamiento de Sandra Morelli Rico, Contralora General de Nación
(Síntesis)

En su intervención, la Contralora General de la Nación, reconoció el temor de algunos funcionarios de la entidad que dirige frente a la introducción de la oralidad que impone el Estatuto Anticorrupción para los procesos de control fiscal. Sin embargo, indicó que se están desarrollando programas de capacitación para corregir estas debilidades.

Por otro lado hizo señalamientos frente a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Dijo que la implementación de las medidas contempladas por la UNCAC tiene varios años de retraso en Colombia, a pesar de la intención de avanzar en el proceso. Frente a la Convención misma, manifestó su opinión sobre las limitadas herramientas que este instrumento entrega a los Estados para hacer una correcta recuperación de activos robados y que han sido llevados a otros países. Los Estados deben adelantar los procedimientos tradicionales para llevar a cabo este tipo de acciones, aun así son mas vinculantes y efectivos que lo establecido en la UNCAC. En este sentido, dijo que la Convención no está a la vanguardia cuando establece como vía principal para la recuperación las acciones de cooperación técnica y asistencia jurídica recíproca.

Indicó además, frente a las recientes declaraciones del Ministro de Hacienda sobre el rechazo a las solicitudes de ampliación de planta de personal de la Contraloría, que no toda ampliación de plantas de funcionarios y por esta vía, de fortalecimiento de la acción misional de las entidades, es desperdicio en burocracia. Justamente advirtió que uno de los problemas de la lucha contra la corrupción en Colombia es la ausencia del Estado en muchas regiones del país, lo cual favorece este escenario.

Señaló al mismo tiempo la preocupación sobre los hallazgos de la Contraloría frente al uso de las vigencias futuras. Según la alta funcionaria, en las investigaciones adelantadas por este organismo se encontró que 90% de los recursos de vigencias futuras fueron usados como “cheques en blanco”

para financiar lo que podía ser corrupción. Por ello, sostuvo que la transparencia es fundamental para identificar hechos de corrupción y por tanto los ciudadanos deben estar atentos a vigilar y denunciar “todo lo que es oscuro y todo lo que se quiere tapar” en la gestión pública de las entidades nacionales y territoriales en el país.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO

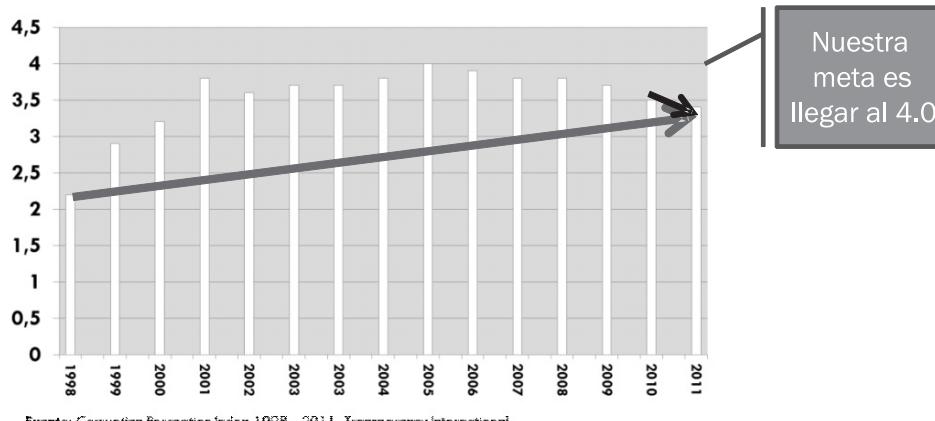
Pronunciamiento de Diego Dorado, Director de Evaluación de Políticas Públicas del
Departamento Nacional de Planeación
(Síntesis)

En su intervención el doctor Dorado exaltó la frase anunciada por el presidente de la República, Juan Manuel Santos, en la Primera Cumbre sobre Buenas Prácticas Anticorrupción llevada a cabo el 6 de diciembre de 2011, donde afirmó que “en este gobierno tenemos un lema, una obsesión: cero tolerancia contra los corruptos”. En este sentido, Dorado indicó que esto tal voluntad es evidente en el hecho de que, por primera vez, el Plan Nacional de Desarrollo introdujo el tema de la lucha contra la corrupción. Además, sostuvo que la meta trazada en este Plan es obtener una calificación de 4,0 en el Índice de Percepción de Corrupción, IPC, de Colombia para 2014.

Así mismo, presentó como indicador para analizar el proceso de Colombia en la lucha anticorrupción, el IPC 2010 realizado por Transparencia Internacional en el cual Colombia obtuvo un puntaje de 3,5, mientras que el promedio de América Latina fue de 3,7.

Con respecto a este tema, indicó que para fortalecer las acciones en contra de este flagelo se debe contar con indicadores como el mencionado índice, que calificó de objetivo, además de otros indicadores que reflejen la opinión de la ciudadanía.

| LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN POR PRIMERA VEZ SE INCLUYÓ EN EL PND DE MANERA EXPLÍCITA



Dorado reveló cifras sobre percepción de corrupción en el país, discriminadas por género, región, y contexto rural y urbano, donde se muestra que el 36% de los encuestados indicaron que la lucha contra la corrupción en el país ha mejorado, frente a un 33% que asegura que ha desmejorado y un 29% que afirma que ha permanecido igual.

Por otra parte, habló de la problemática que envuelve los actos de corrupción, que por un lado disminuyen la confianza de los ciudadanos en su gobierno, reducen la credibilidad del ejercicio público, elevan los “costos de transacción” de la política pública, pero también logran la desviación de los recursos y reducen la efectividad de las políticas públicas.

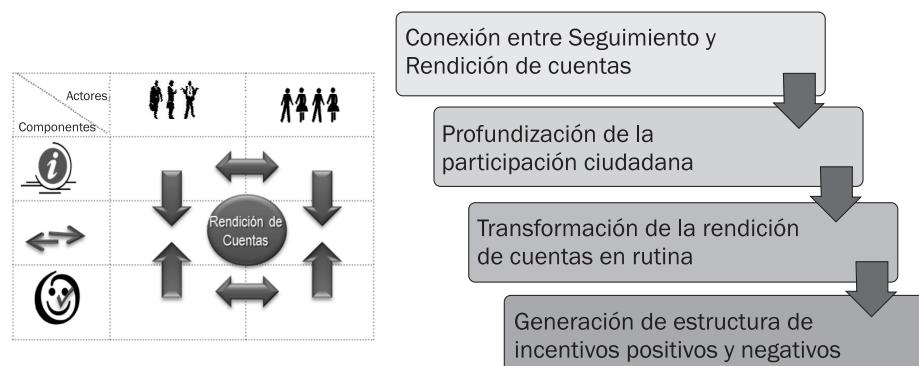
Sin embargo, planteó las líneas estratégicas de lucha contra la corrupción que ha emprendido el Departamento Nacional de Planeación, DNP, y que incluye el establecimiento de una Política Integral de Lucha contra la Corrupción; la coordinación interinstitucional a través de la puesta en marcha de la Comisión Nacional de Moralización, la Comisión Ciudadana de Lucha Contra la Corrupción y el Convenio Tripartita; el fortalecimiento institucional de entidades territoriales; así como la suscripción de Acuerdos de integridad con la aplicación de instrumentos de transparencia e instrumentos de control y punitivos como el Estatuto Anticorrupción. Además, plantea medidas dirigidas al sector privado tendientes a lograr el ingreso de Colombia a la OECD, por lo que se llevará a cabo un evento frente al tema el 1 y 2 de marzo de 2012.

| LÍNEAS ESTRÁTÉGICAS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL PND



Así mismo, la estrategia del DNP incluye la rendición de cuentas y transparencia con una Política Nacional de Rendición de Cuentas, la creación de un manual para este efecto y la elaboración de un Índice de Buen Gobierno. Indicó que se debe reformar el concepto de hacer rendición de cuentas. Para Dorado, esto debe dejar de considerarse una acción para convertirse en una actitud que involucre a todos los estamentos de la sociedad.

| CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN CIUDADANÍA - GOBIERNO GENERACIÓN DE CONFIANZA, TRANSPARENCIA Y CREDIBILIDAD A TRAVÉS DE LA POLÍTICA NACIONAL DE REDICIÓN DE CUENTAS

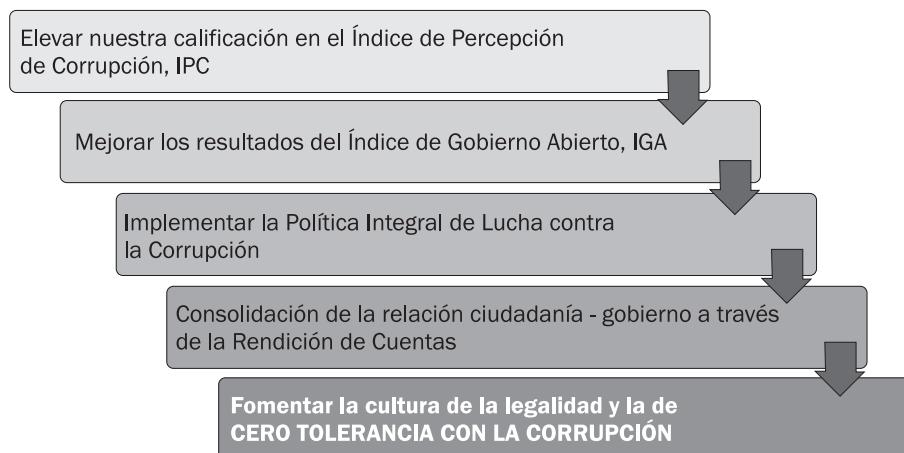


El Director de Evaluación de Políticas Públicas añadió que la responsabilidad en el uso de los recursos y el fortalecimiento y modernización de los órganos de control a través del convenio tripartita. Este proceso debe contar con el empoderamiento de estos organismos para darles herramientas que mejoren los mecanismos de vigilancia, investigación y sanción por delitos de corrupción.

Por último, dijo que está en marcha la política de buen gobierno y eficiencia administrativa que implementará estos propósitos, con el apoyo de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, a través de la simplificación de trámites y la construcción de instrumentos de transparencia.

Según el doctor Dorado, los adelantos del gobierno en materia anticorrupción se evidencian en la consolidación de una relación entre la ciudadanía y el gobierno para la generación de confianza, transparencia y credibilidad a través de la política de rendición de cuentas. Con respecto a este punto mencionó que se está trabajando en la conexión entre seguimiento y rendición de cuentas, profundización de la participación ciudadana, transformación de la rendición de cuentas en una rutina y creación de incentivos positivos y negativos para adoptarla.

| METAS DEL GOBIERNO CONTRA LA CORRUPCIÓN



Sin embargo, también señaló que todavía hace falta recorrer un camino importante para lograr las metas del gobierno de elevar la calificación del IPC de Transparencia Internacional, mejorar los resultados del Índice de Gobierno Abierto (IGA); implementar la política integral de lucha contra la corrupción, consolidar la relación entre la ciudadanía y el gobierno mediante la rendición de cuentas y fomentar la cultura de la legalidad y de cero tolerancia en la lucha contra la corrupción.

