

Comentarios al Proyecto de Ley 008 de 2019 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de análisis e incentivos de actos para combatir y prevenir la corrupción – “Ley Pedro Pascasio Martínez”

Gerardo Andrés Hernández Montes, Director Ejecutivo, Transparencia por Colombia

4 de septiembre de 2019

El presente documento contiene los comentarios de la Corporación Transparencia por Colombia al Proyecto de Ley 008 de 2019 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de análisis e incentivos de actos para combatir y prevenir la corrupción – “Ley Pedro Pascasio Martínez”, en respuesta a la invitación escrita extendida por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes con fecha 28 de agosto de 2019.

Transparencia por Colombia agradece a los Honorables Representantes de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes esta invitación extendida, y destaca la importancia de realizar una audiencia pública sobre esta materia. Consideramos que las temáticas abordadas por el proyecto de ley son muy relevantes para el contexto actual de lucha contra la corrupción en el país, en particular lo relacionado con delación y protección de denunciantes de actos de corrupción.

Este tema viene siendo abordado por distintos proyectos de ley¹ -lo cual refleja un mayor reconocimiento a su importancia para la lucha contra la corrupción- y compartimos varios de los planeamientos incluidos en la exposición de motivos del proyecto de ley. Sin embargo, consideramos que el articulado es muy débil y requiere de un profundo fortalecimiento. A continuación se presentan las observaciones sobre los artículos:

I. Sobre el art. 2. Denuncia:

- La definición de la denuncia propuesta se restringe a presentar una información ante una autoridad competente pero no dice con qué fin. Podría ser complementada a la luz de definiciones existentes como por ejemplo: *“la puesta en conocimiento ante una autoridad competente de una conducta posiblemente irregular, para que se adelante la correspondiente investigación penal, disciplinaria, fiscal, administrativa - sancionatoria o ético-profesional.”*²
- Se considera como “autoridad competente” a la Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y a Contraloría General de la República. Si bien es cierto que son las autoridades con poder de investigación, valdría la pena considerar los múltiples canales de denuncia existentes en otras entidades públicas y las competencias de las mismas, en particular de los esquemas de control interno.

II. Sobre el art. 3. Requisitos de la queja o denuncia:

- Resulta fundamental aclarar el rol y alcance del denunciante o reportante de presuntos actos de corrupción, con el fin de determinar qué se debe esperar de estas personas. Los

¹ Por ejemplo, el proyecto radicado por el Gobierno Nacional y la Procuraduría General de la Nación: “Por la cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el Ministerio público y se editan otras disposiciones....”, y el proyecto radicado por la Fiscalía General de la Nación: “Por medio del cual se adoptan medidas en materia penal en contra de la corrupción”.

² *DECRETO 2641 DE 2012 Por el cual se reglamentan los artículos 73 y 76 de la Ley 1474 de 2011 y la Estrategias para la construcción del plan anticorrupción y de atención al ciudadano, Versión 2. Presidencia de la República. 2015 Pág.37.*

denunciantes o reportantes “usualmente no tienen evidencia concreta, solo sospechas, pero esta acción es igualmente valiosa y debe protegerse”³. Esta figura es conocida a nivel internacional como *whistleblower*: “es el ciudadano que pita, que grita, que informa, que relata, que denuncia, que revela una situación indebida. Por hacerlo así, es objeto de una especialísima protección que, se podría decir, lo hace invulnerable a él y a su familia”⁴. La ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos de la OEA hace la siguiente definición: “denunciante de buena fe: persona que pone en conocimiento de la autoridad receptora la comisión de un presunto acto de corrupción en materia administrativa y/o penal para investigación”⁵.

- Lo anterior es de mucha relevancia pues el artículo 3 del proyecto de ley pareciera generarle a la denuncia la carga de comprobar los presuntos hechos de corrupción que pone en conocimiento de las autoridades, lo cual sería equivocado: probar que un hecho denunciado sea en efecto un acto de corrupción es responsabilidad de las autoridades competentes y de los procedimientos judiciales, no de quién se atreve a reportar una irregularidad. Como lo indica el Profesor Fernando Cepeda Ulloa, *“exigirle al denunciante que vaya más allá de una información significativa es desestimular la utilización del mecanismo de denuncia, equivale a exponer al denunciante a riesgos innecesarios. Lo valioso es la voz de alarma que ofrece el denunciante. Eso es lo que se premia y por eso muchas legislaciones no van más allá de contentarse con el mínimo necesario para poner en marcha una investigación”*⁶.
- Tal como está redactado, en el artículo 3 del proyecto de ley los requisitos para la denuncia solo descansarían sobre el denunciante. No se hace ninguna referencia aquí a la responsabilidad de la autoridad competente en la materia (condiciones de recepción de la denuncia, plazo de respuesta, tiempo de la investigación etc.). Por otro lado, se pone mucho énfasis en la calidad del material probatorio, cuando en muchos casos, el denunciante no está en capacidad de acceder a todas las pruebas y necesita acompañamiento para ayudar en la constitución de las pruebas. En el caso contrario, el riesgo -y lo que sucede actualmente en la práctica- es que muchas las denuncias podrían no tener valor.
- No se entiende muy bien el compromiso de confidencialidad que se establece en el artículo. Si bien es importante garantizar el respeto al debido proceso y la confidencialidad de los procesos judiciales, el compromiso de confidencialidad que se menciona en el artículo podría leerse como un obstáculo o desincentivo a la denuncia.
- Es muy importante diferenciar los términos “queja” y “denuncia” pues el artículo los asemeja pero no son lo mismo. El término “queja” está asociado a procesos de atención a la ciudadanía por parte de las instituciones públicas y al desarrollo de mecanismos de preguntas, quejas, reclamos y solicitudes (conocidos como PQRS), y no necesariamente está asociado a instrumentos anticorrupción. El término “denuncia” corresponde al ámbito de los mecanismos

³ Andrés Hernández, [en La Lucha Integral contra la Corrupción en Colombia: Reflexiones y propuestas, Fedesarrollo, 2018.](#)

⁴ Fernando Cepeda Ulloa, [en La Lucha Integral contra la Corrupción en Colombia: Reflexiones y propuestas, Fedesarrollo, 2018.](#)

⁵ http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf

⁶ Fernando Cepeda Ulloa, [en La Lucha Integral contra la Corrupción en Colombia: Reflexiones y propuestas, Fedesarrollo, 2018.](#)

propiamente dichos de lucha contra la corrupción, en la medida en que es un instrumento de detección de actos de corrupción. Por lo tanto, el proyecto de ley debería referirse únicamente a “denuncias”.

III. Sobre el art. 4. Medidas de protección y beneficios.

- El artículo plantea que para otorgar medidas de protección sería prerrequisito que se califique la denuncia y se verifique la información entregada por el denunciante. Este planteamiento resulta contraproducente y en la práctica se convertiría en un desincentivo a la denuncia: primero, el otorgamiento de medidas de protección no debe depender de una calificación de la información, sino del nivel de riesgo que enfrenta el denunciante o reportante y su familia; segundo, como se indicó antes, no debería ser responsabilidad del denunciante o reportante aportar todas las pruebas que conlleven a determinar que en efecto su denuncia es un acto de corrupción, sino de aportar elementos relevantes y de manera responsable sobre los presuntos actos, para que posteriormente la justicia determine si se configuran o no actos de corrupción; tercero, ¿qué se debería entender por “calificar la denuncia y verificar la información”? La redacción del artículo deja mucho espacio a la subjetividad y la discrecionalidad de quien decida; y cuarto, el artículo no indica quién haría esa calificación y verificación, labor que debería estar en cabeza de las autoridades competentes.
- El artículo también plantea que “se procederá a otorgar las medidas de protección que actualmente se encuentran vigentes en la legislación colombiana en esta materia”, sin embargo actualmente la legislación colombiana no contiene ninguna medida de protección a denunciantes o reportantes de corrupción. Como mínimo, el decreto único 1066 de 2015 debería incluir a los denunciantes o reportantes de corrupción como sujetos de protección por parte de la Unidad Nacional de Protección, sin embargo esta disposición no existe a la fecha.
- En el literal a) se plantea la reserva de identidad de quien denuncia, lo cual en efecto es una medida imprescindible para la protección de denunciantes o reportantes, sin embargo tal como está redactado el proyecto de ley dicha reserva solo se daría si la denuncia es calificada y verificada, lo cual nuevamente puede traducirse en un desincentivo a la denuncia. Se recomienda profundizar la garantía de la reserva de identidad y el acompañamiento a la denuncia de las personas que reciban este beneficio.
- En el literal b) se identifican varias debilidades:
 - Se contempla la protección del servidor público pero no de las demás categorías de denunciantes como empleados del sector privado, líderes sociales, periodistas, representantes de organizaciones de la sociedad civil, etc. En este sentido, se recomienda ampliar el artículo a una categoría amplia y diversa de denunciantes.
 - En cuanto a los servidores públicos, resulta necesario armonizar el planteamiento de este proyecto de ley que busca incentivar la denuncia, con el artículo 10 del proyecto de ley PL 010-2019⁷ de Cámara de Representantes radicado por la Fiscalía General de la República y

⁷ art. 10: Modifíquese el artículo 194 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: “ARTÍCULO 194. DIVULGACIÓN Y EMPLEO DE DOCUMENTOS RESERVADOS. El que, en provecho propio o ajeno, o con perjuicio de otro o de la administración de justicia, divulgue o emplee el contenido de un documento o información que deba permanecer en

el Presidente de la República el pasado 20 de julio. Este último busca penalizar la divulgación de información reservada, lo cual podría desincentivar la denuncia por parte de servidores públicos con conocimiento de información fundamental para una denuncia pero cuya información se encuentra bajo la condición de reserva.

- En este literal también se indica que “de ser posible, se promoverá a cargos de mayor jerarquía y competencia”, lo cual consideramos que plantearía un grave riesgo de distorsión en los procesos de empleo público y de meritocracia.
- En el literal e) se plantea que habría acceso a beneficios fiscales y disciplinarios para quienes estuvieran inmersos en los hechos sujetos a investigación, lo cual resulta positivo teniendo en cuenta las experiencias en el uso de instrumentos como el principio de oportunidad por parte de la Fiscalía o de delación por parte de algunas Superintendencias. Sin embargo, tal como está redactado el artículo, el otorgamiento de los beneficios se condicionaría a que sea “acordado entre las partes”. Esta última redacción puede generar riesgos respecto a que el Estado no imponga las condiciones mínimas y, por lo tanto, no negociables para el otorgamiento de beneficios, como lo debería ser la devolución de los activos públicos desviados y la reparación de los daños causados por los actos de corrupción.
- Por último, el artículo no hace referencia ni a las condiciones ni a las rutas de protección ni a su alcance. Se recomienda aquí revisar lo planteado por el proyecto de ley de la Procuraduría General de la Nación y el Gobierno Nacional, pues en sus artículos 11 y 12 no sólo regula la protección de testigos en temas relacionados a la protección a su integridad personal, sino que además adopta medidas para evitar acoso laboral de los colaboradores, asunto bien importante si se tiene en cuenta que muchos de los funcionarios públicos que conocen hechos de corrupción, en muchas ocasiones se abstienen de denunciar por temor a perder sus empleos.

IV. Sobre el art. 5 Recompensas:

- El artículo parece presentar una redacción confusa pues condiciona el otorgamiento de una recompensa solo si se “previene o evita el saqueo de recursos públicos”. Esto nuevamente podría representar un desincentivo a la denuncia: usualmente la denuncia se realiza sobre actos ya cometidos que requieren investigación y sanción, es decir, como se indicó antes, la denuncia es un mecanismo de detección, por lo tanto no sería posible generar conexión entre la denuncia de un hecho ya cometido y la prevención del mismo, lo cual haría inviable el pago de la recompensa. Una denuncia puede prevenir que un caso de corrupción tome una mayor dimensión si es detectado a tiempo, sin embargo esto no está previsto en la redacción del artículo.
- Por otro lado, la recompensa podría entregarse en el caso de entregar información relevante para iniciar un proceso de investigación, pero no por asegurar que la misma lleve a una sanción de manera automática.

reserva, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años. Se exceptúa de lo anteriormente previsto, el ejercicio legítimo de la libertad de información y de prensa, y de control político”.

- En la práctica, tal como está la redacción del artículo, podría hacer inoperable el pago de una recompensa en la práctica: los procesos penales por corrupción toman en promedio 4 años aproximadamente, por lo cual sería difícil incentivar la denuncia sabiendo que es necesario esperar este largo lapso de tiempo y que incluso al final de la investigación el presunto acto de corrupción no sea juzgado como tal, lo cual dejaría sin piso la posibilidad de otorgar la recompensa.
- En el contexto actual del país es necesario valorar muy bien si el Estado se encuentra en capacidad de entregar recompensas de carácter monetario. Si bien las recompensas han hecho parte de distintas estrategias de lucha contra la corrupción, este tipo de recompensas podrían resultar inapropiadas en el contexto institucional y social colombiano: por un lado, la fuente para el pago de las recompensas deberían ser los activos que fueron desviados mediante actos de corrupción y que el Estado logre recuperar, sin embargo la capacidad de la institucionalidad colombiana en esta última materia aun es débil; por otro lado, resulta más apropiado apostarle a una condiciones mucho más efectivas de protección a denunciantes o reportantes, en combinación con mecanismos de beneficios o principios de oportunidad como se dijo antes.
- Se propone que en lugar de recompensa, el proyecto de ley se enfoque en (i) protección a denunciantes o reportantes, (ii) beneficios a quien denuncie o reporte siendo parte del presunto acto de corrupción sujeto a investigación, para lo cual aplican herramientas como el principio de oportunidad e incluso las medidas del programa de protección de testigos de la Fiscalía General de la Nación, y (iii) aborde el concepto de delación premiada, mucho más desarrollado en la literatura anticorrupción.

V. Algunos referentes para contribuir a fortalecer el proyecto de ley en materia de protección a denunciantes de actos de corrupción y mecanismos de recompensas y delación premiada:

- [Ley modelo de la OEA para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos.](#)
- Fernando Cepeda Ulloa, La eventual adopción del Whistleblower en Colombia, y comentarios por Andrés Hernández, en [La Lucha Integral contra la Corrupción en Colombia: Reflexiones y propuestas](#), Fedesarrollo, 2018.
- Transparency International, [Guía de buenas prácticas para el normativa sobre protección a denunciantes](#), 2018.