

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA Y
ESPECÍFICAMENTE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DURANTE EL TIEMPO
2000-2006

SONIA ESTHER SANTACRUZ GUZMAN
GUSTAVO ACEVEDO MARTINEZ

UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRIA DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá D.C.
2007

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA Y
ESPECÍFICAMENTE EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL DURANTE EL TIEMPO
2000-2006

SONIA ESTHER SANTACRUZ GUZMAN
GUSTAVO ACEVEDO MARTINEZ

AUXILIARES:

LAURA TABORDA MERCHAN
ALEJANDRO GRANADOS ALVAREZ
ALVARO HELI RINCON CADENA

UNIVERSIDAD LIBRE
MAESTRIA DERECHO ADMINISTRATIVO
Bogotá D.C.
2007

1. TÍTULO

Corrupción Administrativa, introducción al estudio de su práctica del 2002 al 2006.

2. INTRODUCCIÓN

El tema de la corrupción en la contratación estatal es uno de los más candentes en la actualidad y más aún con todas las consecuencias que traen las irregularidades en la contratación, ya que algunos funcionarios han sido condenados o destituidos y muchas veces inhabilitados, para el ejercicio de la función pública.

Teniendo presente que el Plan de Desarrollo que tienen las administraciones, junto con los programas y proyectos, buscan dar posibilidad a la inversión social, acaparada en el principio de viabilidad, para ser realizables en el tiempo disponible así lo dispone la Constitución Política de Colombia de 1991 en sus artículos 229, 340, 341, 342, 343 y 344.

Es importante saber que actualmente la Ley 152 de 1994, referente a todo lo relacionado con los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de los Planes de Desarrollo, dispone los mecanismos apropiados para su organización y sujeción los presupuestos oficiales, es así como esta Ley se aplica a la Nación, las entidades territoriales y los organismos públicos de todo orden.

Igualmente es importante señalar que los servidores públicos que tienen competencia para adjudicar contratos deben ejercer esa facultad con gran responsabilidad, no solamente deben cumplir las formas establecidas por la Ley sino también respetar los derechos de los demás.

Con base en lo anterior, es necesario tener presente que la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación, implementa unos controles que obligan al

cumplimiento de requisitos previos contractuales y poscontractuales con la máxima diligencia y por lo tanto cuando el funcionario no cumple con los requisitos legales esenciales para tramitar o celebrar contratos incurre en un delito derivando desde allí una responsabilidad penal; al igual que disciplinario tal como lo establece el Código Único Disciplinario.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1 JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Vista la corrupción como un fenómeno que causa daño en la sociedad y que a tenido prácticas culturales, es necesario concienciar para evitar prácticas fraudulentas que privilegian y asaltan la moral del sector público con beneficio a un lucro individual.

Por lo tanto, teniendo presente que en Colombia la Contratación Estatal viene generando múltiples estudios, se hace necesario conocer desde la jurisprudencia los puntos de vista a favor o en contra de la contratación estatal y el impacto frente a la corrupción, estableciendo si la jurisprudencia ha logrado avances significativos, a la vez que detener la corrupción. Igualmente indicar si se da aplicación a las reglas o principios consagrados en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Así mismo, debe entenderse que en el contrato administrativo se le reconoce a la Administración prerrogativas de poder que no se conciben en los contratos entre particulares y que están sujetos a reglas de Derecho Público.

De igual manera, el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) establece normas que regulan la conducta de los funcionarios públicos y particularmente en el capítulo referente a la Función Pública y la falta disciplinaria, artículo 22, habla de la garantía de la Función Pública: “ El sujeto disciplinable, para salvaguardarla moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo cargo o función, ejercer los derechos cumplirá los deberes respetara la prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés establecidos en la Constitución Política y en las Leyes “. De

esta forma se aproxima el derecho sancionatorio, Código Único Disciplinario Ley 734 de 2002, a desarrollar el contenido axiológico del bien jurídico en lo que tiene que ver con el desarrollo constitucional destinado a la Función Pública.

3.2 FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cual es la causal del Código Disciplinario que más se ha repetido en materia de quejas a funcionarios públicos y que ha dado lugar a investigaciones disciplinarias por asuntos relacionados con corrupción de enero 2002 a diciembre de 2006?

4. HIPOTESIS

El exceso de legalismo y formalización de los trámites en la contratación en entidades públicas conduce a la aparición de actitudes corruptas.

5. OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis de la jurisprudencia sobre corrupción en relación con la contratación estatal en el periodo 2002-2006 en Colombia.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la corrupción en la Contratación Estatal.
2. Establecer los índices de corrupción en la Contratación Estatal.
3. Indagar sobre los correctivos aplicados por los entes de control Administrativo, Fiscal y Judicial en las investigaciones desarrolladas por corrupción en la Contratación.

6. RESULTADOS ESPERADOS

La presente investigación tiene como logro hacer la interpretación y análisis de sentencias jurisprudenciales de la corrupción de la contratación estatal en Colombia para ayudar al conocimiento y todas aquellas personas estudiosas del tema teniendo presente la problemática que en la actualidad se viene presentando.

Al igual que ser un medio como requisito parcial trabajo de grado para obtener el título de magíster en Derecho Administrativo.

7. MARCO REFERENCIAL

7.1 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Desde las entidades públicas se puede observar el fenómeno de la corrupción en varios aspectos tanto éticos, sociológicos, económicos y jurídicos, particularmente se observará la corrupción desde la contratación estatal y su análisis jurisprudencial, durante el periodo 2002-2006, para identificar las condiciones de lo corrupto desde una perspectiva histórica, hermenéutica y jurídica, a partir de un estudio crítico de desarrollos normativos y la construcción de líneas jurisprudenciales.

Con base en lo anterior, podemos observar el fenómeno de la corrupción dentro de la estructura pública, en donde existen irregularidades o desviaciones que alteran el normal desarrollo del funcionamiento estatal, afectando inclusive los intereses colectivos.

Así las cosas, varios estudios realizados hasta la fecha se han concentrado en establecer cuales son las razones por las cuales se produce la corrupción en Colombia, basados en doctrinantes en donde no existe una causa determinante, sino una pluralidad de causas; encontrando otros autores que se inclinan desde una óptica más sociológica, a señalar la corrupción “como una avenida a la riqueza por el poder”¹.

Presentándose irregularidades frecuentes en la contratación estatal según lo establecido por el documento COMPES 3186 en donde se señalan que existen vacíos en la regulación de la contratación con dineros públicos que favorecen la venalidad y la corrupción. Este informe de evaluación considero diversas causas: “ En primer lugar, a que las auditorias y controles a la contratación son de muy baja

¹ WISNER, Luís Roberto. Vestigios patrimoniales en la administración moderna o neopatrimonialismo.

calidad, poca especialidad y llevadas a cabo por funcionarios deficientemente capacitados en el área de la contratación pública; en segundo lugar, a que los controles ejercidos hacen énfasis en el cumplimiento de procedimientos y formalismos de la contratación olvidando aspectos más importantes y relevantes que realmente constituyen fuentes de corrupción y en tercer y último lugar las decisiones y resultados de las investigaciones corresponden a motivaciones políticas, especialmente a nivel territorial, donde la adjudicación de contratos comúnmente llega a manos de amigos políticos de los ordenadores del gasto².

Igualmente se encuentra dos grandes tendencias que ayudan a explicar el aspecto de las causas de la corrupción para los defensores del mercado, la escuela neoliberal, la corrupción se debe al exceso de intervencionismo estatal, que da lugar a la presencia de mercados negros o paralelos como consecuencia de las reglamentaciones. Y al lado opuesto quienes defienden los beneficios del Estado lo atribuyen al debilitamiento de la ética pública, la desligación del Estado para encarnar el interés público general y la incapacidad de defensa ante intereses privados, egoístas llevados al extremo.

Aparte de las anteriores causas también se encuentran la ineficiencia estatal, como la influencia del narcotráfico, como la crisis de valores, la mala remuneración de los servidores públicos, la ineficiencia de la justicia y bajas penas a los corruptos, la alta discrecionalidad en las decisiones de los funcionarios públicos junto con pobres controles, clientelismo, sistema democrático representativo restringido y sistema democracia participativa incipiente, insuficiente desarrollo de valores éticos y conciencia de ciudadanía, impunidad³.

Así mismo, se da un enfoque desde el análisis jurisprudencial de la corrupción en Colombia y específicamente en la contratación estatal, por considerarse que es en la relación entre particulares y funcionarios, donde mayores posibilidades de

² CONPES - 3186.

³ WILLIS, Herrera Eduardo. En: Autonomía local, descentralización y Corrupción en Colombia.

acciones corruptas se presentan y donde se observa mayor desarrollo legislativo para obtener mejor comprensión del fenómeno de la corrupción.

De otra parte, se seleccionan el Decreto Ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 como directrices generales, los cuales son indispensables para comprender los cambios planteados por la Constitución de 1991, cotejando con la Ley 80 de 1993 Estatuto General de la Contratación Administrativa.

Igualmente se establece el análisis de las sentencias C 892 de 2001 (Contratación Administrativa), C Única Instancia (Celebración indebida de contratos), del 9 de febrero de 2005 radicación No. 21547 Magistrada Ponente Doctora MARINA PULIDO DE BARON, C 249 de 2004 (Normas aplicables a los contratos estatales), C 977 de 2002 Corte Constitucional (Suspensión de contratos o su ejecución). Proceso 15002 Sala de Casación Penal del 29 de julio de 2003. C 917 de 2001 (Contrato sin cumplimiento de requisitos legales), Sentencia del 31 de mayo de 2002 expediente AP 300 1999 (Acción Popular Contrato Estatal), Sentencia del 16 de febrero de 2001 expediente acción popular 170 moralidad administrativa) entre otras.

Doctrinariamente se resaltan algunos aportes de tratadistas que ayudan al desarrollo de la presente investigación y entre ellos tenemos: CARLOS ENRIQUE CAMPIÑO PARRA, en su obra Celebración y ejecución de Contratos Estatales, segunda edición, ediciones Eche, 2006; SAMUEL JÒSE RAMIREZ POVEDA, selección de contratistas, contratación directa, segunda edición actualizada y aumentada, Instituto de Estudios del Ministerio publico, Procuraduría General de la Nación, 2005; MARINA LUZ ZULUAGA GOMEZ, NANCY EDITH PEREZ GONZALEZ, FARIDE ALEGRIA BEDOYA ALZATE, Corrupción en los nuevos departamentos fronterizos, Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Procuraduría General de la Nación; FATIMA ESPERANZA CALDERON, VERA ESPERANZA ZAMUDIO REYES, CARLOS ENRIQUE NUÑEZ MENDOZA, Análisis normativo jurisprudencial y fáctico de la corrupción en Colombia, 1991-

2001 disyuntivas y convergencias, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.

Campillo Parra, Carlos E. Celebración y Ejecución de Contratos Estatales, Ediciones Ecoe, Segunda edición, Bogotá, junio de 2006.

ZULUAGA GÓMEZ, MARINA LUZ, PÉREZ GONZÁLEZ, NANCY EDDI, BEDOYA ALZATE, FARIDE ALEGRÍA, Corrupción en los nuevos Departamentos fronterizos 1992-2000, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, D.C., 2005.

RAMÍREZ POVEDA, Samuel José, Selección de Contratistas Contratación Directa, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, segunda edición actualizada y comentada, Bogotá, D.C., Junio de 2003.

Equipo de Investigación: CALDERÓN, Fátima Esperanza, SAMUDIO REYES, Vera Xiomara, NUÑEZ MENDOZA, Carlos Enrique, Análisis normativo, Jurisprudencial y fáctico de la Corrupción en Colombia 1991-2001, Bogotá, D.C:

7.2. MARCO TEORICO

Se encuentran dos grandes tendencias que ayudan a explicar el aspecto de las causas de la corrupción; para los defensores del mercado, la escuela neoliberal, la corrupción se debe al exceso de intervencionismo estatal, que da lugar a la presencia de mercados negros o paralelos como consecuencia de las reglamentaciones. Y al lado opuesto quienes defienden los beneficios del Estado lo atribuyen al debilitamiento de la ética pública, la desligación del mismo para encarnar el interés público general y la incapacidad de defensa ante intereses privados, egoístas llevados al extremo. Aparte de las anteriores causas también se encuentran la ineficiencia estatal, como la influencia del narcotráfico, la crisis de valores, la mala remuneración de los servidores públicos, la ineficiencia de la justicia y bajas penas a los corruptos, la alta discrecionalidad en las decisiones de los funcionarios públicos junto con pobres controles, clientelismo, sistema democrático representativo restringido, un sistema de democracia participativa incipiente, insuficiente desarrollo de valores éticos y conciencia de ciudadanía e impunidad⁴.

Igualmente, se puede inferir que la anticultura social de la corrupción hace que día tras día este fenómeno se presente en todos los ámbitos de la sociedad, dado que como no existen planes estratégicos que frenen su manifestación y no quedan evidencias de sanciones eficaces y ciertas que demuestren que este flagelo hay que extirparlo de raíz, lo único que le aporta a las nuevas generaciones es la confusión en sus valores, tergiversándolos y sumiendo progresivamente al país en el subdesarrollo, por cuanto la corrupción cercena las posibilidades de avances en todos los niveles científicos, tecnológicos, culturales, educativos, entre otros.

Según Carlos Julio Lemoine, en los comentarios hechos sobre “corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad”, publicado en marzo de 2002, separa cuatro niveles de los ámbitos de la corrupción axial; Primer nivel; Los funcionarios

⁴ Ibíd.

públicos que emiten leyes o trazan políticas, pueden beneficiar con ellos a grupos específicos de la población “También denominados captura del Estado”.

Segundo nivel; Es el de la contratación y el desvío de los fondos del Estado.

Tercer nivel; La necesidad de sobornar para trámites, cédulas y expedición de certificados entre otros.

Cuarto nivel; El de la ineficiencia del Estado. Es el caldo de cultivo de la corrupción. Tal es el caso de los trámites, si la expedición de un certificado cualquiera se demora, comienza a ser “económicamente razonable” comprarlo.

Felipe Sáenz del Banco Mundial presenta algunas formas de corrupción axial:

1. Corrupción administrativa; Incidencia de los sobornos en los servicios.
2. Corrupción en compras estatales.
3. Corrupción en desvíos presupuestales.

Y según Jaime Vásquez Caro la corrupción que afecta la gestión pública se divide según sus efectos en dos grandes grupos: Una la que afecta los resultados de la contratación estatal, haciendo alusión a aquellos servicios o funciones del Estado que se exigen por razones de seguridad vial, de la que hacen parte las revisiones anuales de vehículos, salubridad, en la cual es usual las revisiones de instalaciones; identificación interior o exterior, o sea, la expedición de cédulas de ciudadanía y el pasaporte entre otros. En este tipo de transacciones los perdedores y ganadores se encuentran en el sector privado. El otro grupo es el que afecta negativamente los resultados fiscales, es decir, los ingresos públicos, o tiene como efecto aumentar los gastos públicos más allá de su valor de mercado y tienen un segundo perdedor que es el tesoro público.

En síntesis, entre estas tres clasificaciones existen semejanzas y puede decirse que las formas dos y tres de Sáenz son las mismas en el segundo nivel de

Lemoine y estas a su vez se ubican en la llamada, por Vásquez Caro, corrupción Fiscal. De igual forma, el número 1 de Sanz es el número 3 de Lemoine, contemplada por Vásquez Caro como la que afecta los resultados de la gestión pública.

También podría decirse que el Estado Colombiano, en este sentido, aunque tiene herramientas a su alcance para hacer que estos índices de corrupción se eliminen, carece del suficiente compromiso, ya que desafortunadamente como las administraciones son de turnos, entonces van al vaivén de los intereses de su conglomerado sin importar las funciones que les fueron encomendadas.

7.3 MARCO LEGAL

7.3.1 De La Contratación. Desarrollo normativo de la Contratación Administrativa. Constitución de 1886; Ley 153 de 1887, reforma al Código Civil; Ley 53 de 1909, cláusula penal y caducidad en los contratos de gobierno; Ley 11 de 1912, Código Fiscal; Ley 65 de 1911, procedencia de la licitación privada; Ley 61 de 1921, establecimiento de la licitación pública como regla de la adquisición de materiales y prestaciones de servicios en los sectores públicos; Ley 116 de 1923, celebración de contratos en el tema de correos; Decreto Ley 911 de 1932, certificado de reserva y subordinación de los pagos a las apropiaciones presupuestales; ley 2 de 1938, cláusula compromisoria; Ley 167 de 1941, antiguo código administrativo; ley 4 de 1964 y 36 de 1966, contratos de obra pública.

Segundo Periodo. Decreto Ley 528 de 1964, competencias para los litigios, doble clasificación para los contratos administrativos; decreto ley 3130 de 1968, cláusula exorbitante; Decreto 294 de 1973, Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación; ley 2 de 1973, facultades al ejecutivo para expedir el Estatuto Contractual; Ley 28 de 1974, facultades al ejecutivo para expedir el Estatuto Contractual; decreto Ley 1670 de 1975, establecimiento de criterios en materia contractual; Decreto Ley 150 de 1976, establecimiento de criterios en material contractual, deroga D.L. 1670.

•Tercer Periodo. Ley 19 de 1982, facultades al ejecutivo para reformar el estatuto contractual; Decreto Ley 222 de 1983, por el cual se expide normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas; Constitución Política de 1991; Ley 5 de 1992, Reglamento del Congreso, Senado y Cámara de Representantes; Decreto 777 de 1992, reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política; **Ley 42 de 1993, organización del control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen;** Ley 80 de 1993, Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa; Decreto 1421 de 1993, Régimen especial para el Distrito Capital

de Santafé de Bogotá; Decreto 2251 de 1993, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993; Decreto 2681 de 1993, reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas; Decreto 0094 de 1994, delega la facultad de celebrar a nombre de la nación las operaciones a que se refiere el decreto 2681 de 1993; Decreto 0095 de 1994, modifica parcialmente el artículo 2 del decreto 2681 de 1993; Decretos reglamentarios 679 de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993; Decreto 313 de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993; Decreto 855 de 1994 por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa, Decreto 856 de 1994 Registro de Proponentes; Ley 134 de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana que en su artículo 100 consagra la creación de las veedurías ciudadanas o juntas de vigilancia en el ámbito nacional, con el fin de vigilar y controlar la gestión pública y los recursos públicos; Ley 136 de 1994, Organización y Funcionamiento de los Municipios, señala en el artículo 167 que los organismos de control fiscal vincularán a la comunidad en la realización de su gestión fiscal en las entidades sujetos de control con el propósito de garantizar que la función del Estado esté orientada al bien común y sus recursos están dirigidos al beneficio social; Ley 142 de 1994, Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios; Ley 143 de 1994, Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional; Decreto 1697 de 1994, reglamenta el Servicio Postal; Decreto 1898 de 1994, reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de concursos de intermediarios de seguros; Ley 190 de 1995, dicta normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa; Ley 201 de 1995, establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación; Decreto 194 de 1995, reglamenta la calificación en el Registro de Proponentes; Decreto 229 de 1995, reglamenta el servicio postal; Decreto 1447 de 1995, Reglamenta la concesión del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa e indirecta; Decreto 1448 de 1995, por el

cual se reglamenta la forma de otorgar las concesiones de algunos servicios de telecomunicaciones; Decreto 1477 de 1995, por el cual se reglamenta la Ley 190 del 6 de junio de 1995 en materia de publicación de contratos en el Diario Único de Contratación Pública; Decreto 1550 de 1995, por el cual se reglamenta parcialmente el manejo presupuestal de los recursos públicos a través de los negocios fiduciarios; Decreto 2150 de 1995, Suprime y reforma regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública; Decreto 2326 de 1995, reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos; Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia; Decreto 62 de 1996, Menor cuantía para la contratación pública; Decreto 287 de 1996 reglamenta artículos 24, 25 y 29 de la Ley 80 de 1993, Decreto 2343 de 1996, por el cual se reglamentan las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (Trunking), se atribuyen las bandas de frecuencias de operación y se dictan otras disposiciones; Decreto 165 de 1997, disposiciones sobre reducción del gasto público en materia de contratos de asesoría y consultoría; Decreto 781 de 1997, autoriza una cobertura inferior a los mínimos propuestos para la garantía única en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, reglamentario del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; Decreto 92 de 1998, reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes; Decreto 1436 de 1998, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros; **Ley 472 de 1998, consagra la reglamentación de las acciones populares y de grupo, las define como medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, entre los cuales está la defensa del patrimonio público. Establece incentivos económicos para el demandante, entre estos el 15% del valor que recupera la entidad pública en razón de la acción popular.** Ley 489 de 1998, Organización y Funcionamiento de las entidades del orden nacional, **en sus artículos 34 y 35, refuerza el marco legal, al definir que cuando los ciudadanos decidan constituir mecanismos de control social a las entidades públicas, especialmente a través de la creación de veedurías ciudadanas, la administración**

está obligada a brindar el apoyo requerido para el ejercicio de este control. De igual forma se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y establece el apoyo de las autoridades de control y de carácter judicial para el conocimiento y la resolución de los hechos que les sean presentados por las veedurías; Ley 598 de 2000, crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública; Ley 599 de 2000, Código Penal; Ley 610 de 2000, establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías; Ley 617 de 2000, fortalece la descentralización y la racionalización del gasto público; Resolución orgánica 05049 del 9 de marzo de 2000 de la Contraloría General de la República, Metodología para el proceso auditor, ejercicio de las auditorias a través de las quejas y denuncias presentadas por los ciudadanos o por las organizaciones sociales ante la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana. Ley 689 de 2001, modifica parcialmente la Ley 142 de 1994; Ley 715 de 2001, Normas orgánicas en materia de recursos y competencias y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud; Decreto 626 de 2001, reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993; Decreto 2504 de 2001, reglamenta el parágrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993; Resolución 5245 de 2001, por la cual se reglamenta la competencia para el Control de la Contratación de Urgencia Manifiesta; Resolución 5313 de 2002, por la cual se establece la organización y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR; Resolución Orgánica 5447 de 2002, por la cual se subrogan los artículos 9 y 59 de la Resolución 05313 de febrero 28 de 2002, que establecen la organización de las entidades públicas y su ingreso escalonado al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE-; Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único; Ley 789 de 2002, Apoyo al empleo y ampliación a la

protección estatal; Decreto 280 de 2002, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993; Decreto 327 de 2002, deroga el Decreto 2504 de 2001 y se reglamenta el parágrafo 3o del artículo 41 de la Ley 80 de 1993; Decreto 393 de 2002, modifica parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil; Decreto 941 de 2002, por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamentan parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, el parágrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 283 de la Ley 100 de 1993; Decreto 1126 de 2002, modifica parcialmente el Decreto 393 del 4 de marzo de 2002; Decreto 1696 de 2002, reglamenta el artículo 36 de la Ley 80 de 1993; Decreto 1703 de 2002, medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; decreto 2170 de 2002 modifica parcialmente el decreto 855 de 1994 y dicta otras disposiciones en la aplicación de la ley 527 de 1999 y Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario); Decreto 2790 de 2002, reglamenta parcialmente el numeral 19 M artículo 25 de la Ley 80 de 1993; Decreto 3212 de 2002, modifica parcialmente el Decreto 1126 del 27 de mayo de 2002; Ley 797 de 2003, reforma el Sistema General de Pensiones; Ley 816 de 2003, reforma el Sistema General de Pensiones; Ley 816 de 2003, apoyo a la industria nacional a través de la contratación pública; Ley 828 de 2003, Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social; Ley 850 de 2003, reglamenta las veedurías ciudadanas; Ley 863 de 2003, normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas; Decreto 780 de 2003, Modifica parcialmente el Decreto 3212 del 27 de diciembre de 2002; Decreto 3401 de 2003, modifica parcialmente el Decreto 780 del 28 de marzo de 2003; Decreto 3512 de 2003, reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE; Decreto 1711 de 2004, modifica parcialmente el Decreto 3401 del 27 de noviembre de 2003; Decreto 1896 de 2004, reglamenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993; Decreto 2166 de 2004,

modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993; Decreto 3629 de 2004, reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993; Decreto 3740 de 2004, reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y se adiciona el artículo 4º del Decreto 855 de 1994; Acuerdo Número 0003 de 2005, por el cual se determina el Ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE; Acuerdo Número 0008 de 2005, por el cual se determina el Ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE; Decreto 2503 de 2005, reglamenta la causal de contratación directa del literal k) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993; Acuerdo Número 0009 de 2006, por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE; Decreto 219 de 2006, reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993; Decreto 959 de 2006, reglamenta la Ley 80 de 1993; Decreto 2178 de 2006, por medio del cual se crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública; Decreto 2434 de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones; Acto Legislativo 04 de 11 de Julio de 2007, por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política"; Ley 1150 de 2007, introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos; Decreto 1837 de 2007, reglamenta el artículo 3º de la Ley 1097 de 2006, en materia de contratación con cargo a Gastos Reservados; Decreto 1957 de 2007, reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se dictan otras disposiciones en la materia; Ley 1219 de 2008, régimen de contratación con cargo a gastos reservados; Decreto 066 de 2008, reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva; Decreto 1170 de 2008, reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con la enajenación de bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, FRISCO; reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con la enajenación de bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y

Lucha contra el Crimen Organizado, FRISCO; Decreto 2474 de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones; Decreto 3460 de 2008, establece los parámetros para el otorgamiento del concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES- para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional; Decreto 4444 de 2008, por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007; Decreto 4533 de 2008, por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993; Decreto 4828 de 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública; Decreto 4881 de 2008, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones; Decreto 490 de 2009, modifica el artículo 28 del Decreto 4828 de 2008; Decreto 931 de 2009, modifica el artículo 6 del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008; Decreto 1271 de 2009, adiciona el artículo 53 del decreto 2474 de 2008; Decreto 3576 de 2009, modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009.

7.3.2 De La Corrupción. La Constitución Política de 1991 resalta el desarrollo de nuevos principios y mandatos constitucionales en materia de función administrativa, servidores públicos, prácticas políticas, fortalecimiento de la justicia, control interno fiscal y disciplinario, servicios públicos, presupuesto y los procesos de descentralización y modernización del Estado. Así mismo, se pusieron en marcha algunas acciones de carácter inmediato, entre las que se destacan la creación de la misión para la moralización y eficiencia de la administración pública.

Además el artículo 270 de la carta fundamental, es el marco de la democracia participativa, estableciendo que "la Ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública y que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sobre sus resultados". Creó y abrió la posibilidad para que la sociedad en general tuviera una participación efectiva que sirva de control social como es el caso de las veedurías ciudadanas, herramienta indispensable para el desarrollo de la sociedad colombiana, que aunque no desarrollan a cabalidad su labor, si se acercan a tratar de solucionar el problema presentado con responsabilidad y compromiso social.

En materia de función administrativa se ha dado alcance a otros postulados como la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos que le sean imputables, la interrelación entre la comunidad y la administración pública como corolario supremo de la definición de Estado Social adoptado por los constituyentes de 1991. Con relación a este aspecto la Constitución Política de Colombia ha generado responsabilidades no solamente al Estado, sino al funcionario que ha sido incompetente en su actuar, quien con la acción de repetición, se responsabiliza para que responda por su acción u omisión, hecho que demuestra que se ha avanzado en el campo del desarrollo del Derecho Administrativo.

Resulta también importante la normatividad sobre Administración Pública que trae el texto constitucional en su artículo 2 inciso 2 donde indica que:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

La Constitución de 1991, en el artículo 6, indica que a los servidores públicos les cabe responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en el artículo 83 señala que las actuaciones de los particulares y de las

autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe, asimismo el artículo 122 consagra la exigencia de que todo empleo público debe tener detalladas sus funciones, de igual forma el artículo 123 consagra que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y el artículo 209 predica que la función administrativa esta al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad y eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, delegación y desconcentración de funciones.

Así mismo, el texto constitucional de 1991 generó una revolución en cuanto a las responsabilidades de aquellos que ha delegado el Estado para que desempeñen a cabalidad con sus funciones, y de no ser así las sanciones aplicadas son sumamente fuertes, por cuanto se les ha delegado la responsabilidad del manejo del erario público entre otras, el sistema fue creado con sabiduría, otra cosa es que los funcionarios corruptos desvíen su propósito que debe direccionarse hacia el bien común no al bien particular.

También están consagrados constitucionalmente las acciones populares, la acción de repetición y el llamamiento en garantía como instrumentos vertebrales del Estado para combatir la corrupción administrativa y propender a la moralización de la administración pública (artículo 90).

La Ley 679 del 3 de agosto de 2001 recogió la normatividad con relación a la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en sus artículos 63 y 2341 del Código Civil.

Con relación a la Administración de justicia, la Constitución Política regula la corrupción en los artículos 4, 6, 90, 91, 95 numeral 3, 121, 122 y 124. El Código Contencioso Administrativo en sus artículos 77 y 878. La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en los artículos 65 al 70. La Ley 60 de

1993 en los artículos 52 y 4 numeral 7. La Ley 446 de 1998 en los artículos 40, 42 y 86.

Igualmente, la Ley 190 del 6 de junio de 1995, el Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995 y la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario), se expiden con el propósito fundamental de combatir las distintas expresiones de corrupción en la administración pública.

7.3.3 Convenciones Internacionales.

Ley 412 del 6 de noviembre de 1997, por la cual se aprueba la convención Interamericana contra la corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada en sesión primaria de la Organización de Estados Americanos OEA del 29 de marzo de 1996.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 2003.

7.4 MARCO JURISPRUDENCIAL

Se establece el análisis de las sentencias C-892 de 2001 (Contratación Administrativa), C Única Instancia (Celebración indebida de contratos), del 9 de febrero de 2005 radicación No. 21547 Magistrada Ponente Doctora MARINA PULIDO DE BARON, C 249 de 2004 (Normas aplicables a los contratos estatales), C 977 de 2002 Corte Constitucional (Suspensión de contratos o su ejecución). Proceso 15002 Sala de Casación Penal del 29 de julio de 2003. C 917 de 2001 (Contrato sin cumplimiento de requisitos legales), Sentencia del 31 de mayo de 2002 expediente AP 300 1999 (Acción popular contrato estatal), Sentencia del 16 de febrero de 2001 expediente acción popular 170 moralidad administrativa) entre otras.

8. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

8.1 EL METODO

Se trata de una investigación socio jurídica, porque busca estudiar la realidad social, valorándola para poder definir de qué manera se debe modificar la política estatal para alcanzar los fines propuestos en materia de erradicación del fenómeno de la corrupción administrativa en un área determinada.

El método empleado, en esta investigación socio jurídica, es el analítico, porque se descompone la manifestación del fenómeno de la corrupción en materia de contratación estatal, en sus elementos heterogéneos y simples, con el fin de darle explicaciones que conduzcan a plantear postulados que puedan ser concretados en planes de acción definidos en función de la realidad social. Lo anterior se sustenta en los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, entre otros.

Es de aclarar que en lo general se trata de una investigación cualitativa y cuantitativa, porque a partir de los datos estadísticos encontrados se establece un diagnóstico realizado mediante el estudio cualitativo de la realidad social y jurídica que los números presentan.

8.2. FUENTES

8.2.1 Primarias. Están constituidas por libros, revistas, artículos científicos, trabajos presentados en congresos, simposios y eventos similares. Las fuentes de información primaria que se utilizaron en esta investigación fueron principalmente providencias judiciales, libros, revistas y videos que hablan de corrupción administrativa, contratación estatal y su evolución.

8.2.1 Secundarias. Datos estadísticos que revelan la complejidad de la calificación corrupto desde fuentes gubernamentales como herramienta relevante proveniente de las siguientes instituciones: Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Procuraduría General de la Nación.

Igualmente existen apoyos provenientes de documentos elaborados por doctriantes en cuanto al desarrollo jurisprudencial y la respectiva línea de investigación que conduce a la investigación pública y el desarrollo de la función pública, específicamente la contratación, entre los que se destacan estudios del Instituto del Ministerio Público con relación al análisis normativo, jurisprudencial y fáctico de la corrupción en Colombia, Corrupción en los nuevos departamentos fronterizos, selección de contratistas, contratación directa ya mencionados en el marco referencial.

8.2.2 Terciaria. Documentos que compendian información de fuentes secundarias, títulos de publicaciones periódicas, catálogos de bibliotecas públicas y de centros universitarios, nombres de eventos especializados, asociaciones como Transparencia por Colombia, instituciones de investigación, reportes gubernamentales. Fueron útiles para detectar las fuentes no documentales como organizaciones, instituciones, asociaciones, de investigación, o dependencias del gobierno que realizan investigación en el tema de la corrupción como el programa presidencial de lucha contra la corrupción.

8.3. TECNICAS

Análisis, con ficha técnica, sentencias de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Procuraduría General de la Nación.

8.3.1 Videos Sobre La Corrupción en Colombia y Contratación Estatal.
Escuela Superior de la Administración Pública ESAP. (24 videos)

9. CONTENIDO

1. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.

1.1 En sentido General:

1.2 En Sentido Particular.

1.3 Corrupción Pública.

I. Elemento Subjetivo o Interno:

II. Elemento Adjetivo:

III. Elemento Material:

1.3.1 Corrupción en la Contratación Pública.

1.3.2 Corrupción Administrativa.

1.3.3 Corrupción Política.

I. La democratización a nivel mundial.

II. La versión pragmática,

III. Versión escéptica

i. Definición centrada en el concepto del servicio público.

ii. Definición a partir del interés público.

iii. Definición centrada en el concepto de mercado.

iv. Definición actitudinal.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CORRUPCIÓN.

2.1 ANTECEDENTES FILOSÓFICOS.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.3 ANTECEDENTES EN COLOMBIA.

1. Foncolpuertos:

2. Fondo de Previsión Social del Congreso:

3. La antigua Caja Agraria:

4. Banestado:

5. El liquidado BCH:

6. El Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT:

1. El caso Panamá

2. La danza de los millones

3. Las petroleras

4. Escándalos corruptos durante el gobierno de López Pumarejo

La guerra y las drogas generaron decadencia y corrupción en Colombia

La guerrilla

Congreso de la República

- Nominas paralelas
- Orlando Vásquez Velásquez
- Manuel Francisco Becerra
- El caso Pomárico
- Adjudicación de contratos

Caja Nacional de Previsión

Embargos millonarios

El sector eléctrico

Crisis de sector financiero oficial

Caprecom

Dragacol

Galería de la vergüenza

3. TEORÍAS, CAUSAS Y EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

3.1 TEORIAS QUE EXPLICAN EL FENOMENO DE LA CORRUPCIÓN.

3.1.1 Moralista.

3.1.2 Ética

3.1.3 Legalista.

3.1.4 Sociológica.

3.1.5 Funcional.

3.1.6 Estructural.

3.2 CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

3.2.1 Sicológicas

3.2.1.1 La Deslegitimación del Estado.

3.2.1.2 La crisis de valores éticos y conciencia de ciudadanía:
Sanción Social Sobre los Corruptos

3.2.1.3 Desprecio de la honestidad:

3.2.2 Sociológicas

3.2.2.1 La Ineficiencia:

3.2.2.2 Inestabilidad:

3.2.2.3 La situación de violencia:

3.2.2.4 Factores Sociales que llevan a mayores niveles de
corrupción.

3.2.3 Económicas.

3.2.3.1 Monopolios del Estado:

3.2.3.2 Escuela Neoliberal.

3.2.3.3 Restricciones al Comercio:

3.2.3.4 Control de Precios:

3.2.3.5 Salarios Bajos:

3.2.3.6 Subsidios del Estado:

3.2.3.7 Practicas de Tipo de Cambio Múltiples:

3.2.3.8 Ausencia de una autentica competencia de mercado libre:

3.2.4 Jurídicas.

3.2.4.1 La mala remuneración de los servicios públicos:

3.2.4.2 La ineficiencia de la justicia y baja de penas a los
corruptos:

3.2.4.3 La alta discrecionalidad en las decisiones de los
funcionarios públicos:

3.2.4.4 Ley y administración de justicia:

3.2.4.5 El sistema democrático representativo restringido y el
sistema de democracia participativa incipiente:

3.2.4.6 Poder:

3.2.5 Políticas.

3.2.5.1 La Influencia del Narcotráfico.

3.2.5.2 Clientelismo e impunidad:

3.2.5.3 Coerción Estatal:

3.2.5.4 Financiación Antidemocrática de campañas:

3.2.6 Combinación de factores

3.2.7 Otras causas según la doctrina

3.2.7.1 Según Raúl Castro Stagnaro

3.2.7.2 Para Eduardo Pizarro de Narváez

3.3 EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

3.3.1 Económicos.

3.3.2 Jurídicos.

3.3.3 Políticos.

I. El régimen político:

II. Factores sociales:

III. Cultura política:

IV. Escenario internacional:

3.3.4 Sociales.

4. IRREGULARIDADES MÁS FRECUENTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

4.1 CALIDAD Y CONTROLES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

4.1.1 Debilidad de los controles a la contratación.

4.1.2 Fortalecimiento de los controles.

4.2 IDONEIDAD DE LOS FUNCIONARIOS EN EL ÁREA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.2.1 Recurso humano estatal poco preparado.

4.3 SUBJETIVIDAD DE LAS REGLAS DE JUEGO

4.4 AUSENCIA DE INCENTIVOS A LA INTEGRIDAD.

4.5 SUBCULTURA DE LA ILEGALIDAD.

4.5.1 Fomento de una cultura de la legalidad.

4.6 LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS, LAS ELECCIONES Y LA CONTRATACIÓN.

4.6.1 La financiación de las campañas electorales.

4.7 LAS RESPUESTAS DESDE LO NORMATIVO.

5. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

EVOLUCION SOCIAL Y JURIDICA DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Tributación y Contratación.

Contrato Administrativo y Autonomía de la Voluntad.

1. Los contratos verbis,
2. Contratos litteris,
3. Contratos re,
4. Contratos solo consenso,

La contratación en Colombia

NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

FORMA DEL CONTRATO ESTATAL.

PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES.

1. Contrato de obra.
2. Contrato de Consultoría.
Normatividad del contrato de consultoría.
3. Contrato de prestación de servicios.
4. Contrato de concesión.
5. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

5.1 ANTECEDENTES

- Primer periodo:
- Segundo periodo:
- Tercer periodo:

5.2 DESARROLLO NORMATIVO

Cuadro 1. Desarrollo normativo

5.3 LEY 80 DE 1993

6. CONTRATACIÓN ESTATAL Y CORRUPCIÓN

Contratación Pública Y Corrupción.

Contratación Pública Y Regulación.

Cuadro 2. Inventario de Disposiciones Excepcionales Anteriores y Posteriores de la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios.

¿Cuál es el alcance del principio de moralidad pública en el ámbito de la contratación estatal?

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD APLICADO AL ÁMBITO DISCIPLINARIO

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD APLICADO AL ÁMBITO PENAL

7. POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN.

7.1 POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

7.1.1 Estrategias Anticorrupción.

7.1.2 La administración Barco:

7.1.3 La administración Gaviria:

7.1.4 La administración Samper:

Políticas Presidenciales Actuales:

7.2 POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN DESDE LOS ENTES DE CONTROL

Control Fiscal.

Control Disciplinario del Estado.

Mecanismos de lucha contra la corrupción

7.3 INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN.

PERSPECTIVA DE LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO

ORIENTACIONES ANTICORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA.

LA CORRUPCIÓN DE LOS GOBIERNOS Y DE LAS EMPRESAS EXTRANJERAS

PRÁCTICAS ANTICORRUPCIÓN Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS MULTILATERALES.

Banco Mundial.

Banco Interamericano de Desarrollo.

Fondo Monetario Internacional.

MARCO LEGAL INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN.

Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Acuerdo sobre Contratación Pública Organización Mundial de Comercio.

PERCEPCIÓN DE COLOMBIA EN EL ÍNDICE DE LA CORRUPCIÓN MUNDIAL

ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN.

Índice 2008

Índice 2007

Índice 2006

Índice 2004

Índice 2003

ÍNDICES DE GOBERNABILIDAD PARA COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA.

7.4 Recomendaciones y Consejos de la Doctrina.

8. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 2004 – 2006

9. RESPONSABILIDAD PENAL, DISCIPLINARIA, FISCAL Y PATRIMONIAL DE LA CONTRATACIÓN EN COLOMBIA

HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Primera etapa: La irresponsabilidad.

Segunda etapa: La responsabilidad.

Tercera Etapa: La responsabilidad creciente.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad civil

La responsabilidad penal

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Actuación de la administración.

Daño o perjuicio.

Nexo causal.

Responsabilidad Penal

Cuando lo tramita:

Cuando los celebra:

Cuando no lo liquida:

Responsabilidad Disciplinaria

Responsabilidad Fiscal

Responsabilidad Patrimonial

La Constitución de 1991: anticorrupción.

Legislación Penal.

Legislación Disciplinaria Anti-trámites y Otras.

Legislación sobre asuntos Administrativos.

Enriquecimiento ilícito, inhabilidades e incompatibilidades.

10. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES 2008-2009-2010

11. PRESUPUESTO DE INVESTIGACIÓN

INGRESOS

Recursos propios del grupo de investigación	\$2.820.000.00
---	----------------

EGRESOS

Servicios personales

Honorarios digitación	70.000.00
-----------------------	-----------

GASTOS GENERALES

Transporte aéreo	\$1.400.000.00
------------------	----------------

Transporte terrestre	100.000.00
----------------------	------------

Fotocopias	150.000.00
------------	------------

Procesamiento de información	50.000.00
------------------------------	-----------

Papelería	80.000.00
-----------	-----------

Textos	280.000.00
--------	------------

CDS con Jurisprudencia	60.000.00
------------------------	-----------

Otros gastos	700.000.00
--------------	------------

TOTAL EGRESOS	\$2.820.000.00
----------------------	-----------------------

12. CONFORMACIÓN Y TRAYECTORIA DEL GRUPO INVESTIGACIÓN Y PRESENTACIÓN DE INVESTIGADORES.

SONIA ESTHER SANTACRUZ GUZMÁN

Abogada de la Universidad Autónoma de Colombia Especializada en Ciencias Fiscales, Contadora Publica de la Universidad Antonio Nariño, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, con Diplomados en Derecho Disciplinario y Procesal y aspirante a maestranda en Derecho Administrativo, he desempeñado los siguientes cargos Profesional Universitario en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, he laborado en la División Financiera y Delegada para la Policía Nacional conferencista de la misma Entidad entre otros, he realizado investigaciones relacionadas con delitos contra la administración pública y en el desempeño de mi actividad laboral abordo investigaciones de carácter administrativo las cuales se inician desde la Indagación Preliminar hasta las decisiones de fondo a los funcionarios de la administración pública. Actualmente se trabaja la investigación sobre Análisis Jurisprudencial de la Corrupción en la contratación estatal en Colombia.

He elaborado escritos tales como: Ensayos sobre la Corrupción en Colombia en el sector público, delitos contra el patrimonio, análisis anticorrupción de las entidades financieras, entre otros.

GUSTAVO ACEVEDO MARTÍNEZ

Abogado de la Universidad Libre Seccional Pereira, Contador Publico Universidad Cooperativa de Pereira, especializado en docencia Universitaria de la Universidad Tecnológica de Pereira, y del Menor y la Familia de la Universidad Libre Seccional Pereira, con diplomados en Gestión de la Calidad para la Educación Superior,

Medicina Forense, el rol del tutor, Estrategias pedagógicas en la educación superior, sistema de evaluación y créditos académicos entre otros, aspirante a maestrando en Derecho Administrativo, he desempeñado los siguientes cargos: pagador del Inderena en la Regional Risaralda, Secretario ejecutivo del Centro de Arte Actual de la ciudad de Pereira, Coordinador para el Centro Regional de Educación Abierta y a Distancia de la Universidad del Quindío en los programas de Licenciatura básica primaria, Licenciatura en educación preescolar y Licenciatura en Español y Literatura, administración financiera y bancaria, salud ocupacional, tecnología en obras civiles, tecnología, agropecuaria, tecnología agroindustrial: abogado externo del Banco AV Villas y la compañía Hilos Cadena S. A, Revisor Fiscal de la Compañía de Transportes Especiales El Saman S.A. Profesor de jornada completa en la Facultad de Derecho Seccional Pereira en áreas de derecho Civil general y Personas, Derecho Civil Bienes, derecho de Familia y del Menor, Hermenéutica Jurídica, Investigación I Texto Jurídico, investigación II Epistemología, III Enfoque cuantitativo y cualitativo, IV anteproyecto y V Proyecto, Sociología Jurídica e Historia de la Filosofía y Ética.

He tenido la oportunidad de trabajar temas como el Sistema Carcelario en el Departamento de Risaralda y específicamente en el municipio de Balboa, Risaralda; situación contable y financiera de la Cámara de Comercio de Dos Quebradas; propuesta de mejoramiento al proceso de evaluación sub. Docente en la facultad de Derecho de la Seccional Pereira. Actualmente se trabaja la investigación sobre Análisis Jurisprudencial de la Corrupción en la contratación estatal en Colombia.

He realizado escritos tales como: Ensayos sobre el ser humano, Calidad en la educación superior, Encuvadora de empresas, Gestión administrativa, Epistemología, entre otros.

13. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ZULUAGA GÒMEZ, Marina Luz, PEREZ GONZÁLEZ, Nancy Eddi y BEDOYA ALZATE, faride Alegría, Corrupción en los nuevos departamentos fronterizos (Instituto de estudios del Ministerio Publico) Procuraduría General de la Nación, Imprenta nacional de Colombia, 2005

CALDERÒN, Fátima Esperanza, ZAMUDIO REYES, Vane Xiomar, NUÑEZ MENDOZA, Carlos Enrique, Análisis Normativo (Instituto de Estudios del Ministerio Publico) Procuraduría General de la Nación. Imprenta Nacional de Colombia, 2005.

RAMIREZ POVEDA, Samuel José, Selección de Contratistas, Contratación Directa. Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación. Imprenta Nacional, 2005.

Jurisprudencia, Concejo de Estado www.ramajudicial.gov.co.

Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario).

Ley 80 de 1993. (Estatuto de Contratación Estatal).

1. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.

1.1 En sentido General:

La palabra corrupción proviene del verbo latín *corromperé*, que significa: corromper, alterar, descomponer, cambiar la naturaleza de una cosa volviéndola mala, quebrantar la moral de la administración pública o de los funcionarios. La perpetuación en el poder para beneficiarse individualmente por encima de los intereses colectivos... (María Molliner).⁵

Eduardo Willis (2000), “La corrupción es el uso de de funciones y atribuciones estatales para obtener o conceder beneficios particulares en antítesis con las disposiciones legales y normativas existentes en el momento histórico”.⁶

Meny (1998), en: Eduardo Wilis Herrera, “Relación entre corrupción y proceso de descentralización en Colombia”, define la corrupción como un intercambio clandestino entre dos mercados, el mercado político y/o administrativo y el mercado económico y social. Este intercambio se realiza a escondidas pues viola las normas públicas, jurídicas, éticas y sacrifica el interés general a favor de los intereses privados.⁷

Según Rafael Ballén la corrupción es el acto ilegal, ilícito e ilegítimo, por medio del cual una persona, al servicio o no del Estado, busca obtener un resultado, o una decisión que le satisfaga ambiciones económicas o políticas. De esta manera la corrupción viene a ser la materialización de un propósito deliberado de obtener un provecho personal, con base en un cargo o en una posición de privilegio que se ocupa.⁸

⁵ ZULUAGA GOMEZ, Marina Luz, Corrupción en los Nuevos Departamentos Fronterizos 1992-2000, Definición de Corrupción, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2005, Bogotá D.C. Colombia, pág. 35

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ BALLÉN, Rafael, Corrupción Política, Nuestro Concepto, Ediciones Acrópolis. 1994, Bogotá D.C. Colombia, pág. 23

Según Saban Godoy, “es la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general”.⁹

"LA CORRUPCIÓN ES EL ABUSO DEL PODER PÚBLICO EN BENEFICIO PRIVADO". (Encyclopedia of the Social Sciences).¹⁰

"La CORRUPCIÓN puede ser el obstáculo individual más devastador que se opone al desarrollo económico, social y político en países que carecen de sistemas políticos abiertos". (PETER EIGEN, Presidente Transparencia Internacional).¹¹

Para hablar de corrupción en un sentido general se debe tener en cuenta que hay aspectos determinantes desde su concepto tales como, las conductas desviadas desde el punto de vista moral, ético o normativo de un funcionario o particular aprovechándose del Estado en su función como principal consumidor y su carencia y eficacia en los medios o mecanismos de control.

1.2 En Sentido Particular.

“La CORRUPCIÓN se describe como toda aquella acción u omisión del servidor público que lo lleva a desviarse de los deberes formales de su cargo con el objeto de obtener beneficios pecuniarios, políticos, o de posición social, así como cualquier utilización en beneficio personal o político de información privilegiada, influencias u oportunidades". (Plan Transparencia, 'Para Volver a Creer')."¹² Igualmente, Carlos Eduardo Maldonado, en su texto Corrupción y Derechos Humanos, define la corrupción como “una práctica consciente, deliberada y sistemática mediante la cual se superpone al interés general los intereses privados, aprovechando para si todos los beneficios de un cargo público.”¹³

⁹ <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/pan-corrupcion-democracia.pdf>

¹⁰ http://www.anticorrupcion.gov.co/preguntas/preguntas_frecuentes.asp

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ MALDONADO, Carlos Eduardo. Corrupción y Derechos Humanos, ¿Qué es la Corrupción?, Ediciones Universidad Libre, 2001, Bogotá D.C. Colombia. Pág. 42

En opinión de Raymon Guillen “la corrupción es una conducta penalmente incriminada por lo cual se soliciten, se acepten o se reciban ofertas, promesas, dadas, presentes, con el fin de realizar o abstenerse de un acto para obtener favores o ventajas particulares”.¹⁴

El pensamiento de Norberto Bobbio, refleja que la corrupción “es el fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Por lo tanto, es el comportamiento ilegal de aquel que ocupa un papel en la estructura estatal”.¹⁵

Del recorrido por el pensamiento de los anteriores autores puede extraerse que la corrupción no es más que el acto de beneficio individual que puede ser económico, político o clientelista siempre en perjuicio de la colectividad. La mayoría de los autores lo refieren al funcionario público, que acepta de un particular los beneficios.

Mario Bunge plantea que “cuando la corrupción está metida en el tejido social, no hay leyes que puedan eliminarla, es más, las leyes son ineficaces si el mal ejemplo viene de arriba”.¹⁶

Respetando lo expuesto por el doctor MARIO BUNGE, es posible erradicar la corrupción mediante un compromiso social de todos los sectores tan fuerte que haga que este flagelo se elimine, si no hay voluntad política y social no es posible. El cambio es una lucha que requiere fortaleza ante la adversidad, debe seguir existiendo siempre una posibilidad para combatir la corrupción, solo se necesita la voluntad de los hombres para lograr la equidad y la igualdad social que libre a la sociedad en general de este flagelo.

¹⁴ <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/pan-corrupcion-democracia.pdf>

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid

Según la organización Transparencia Internacional¹⁷ la corrupción se entiende como “el abuso de posiciones, poder, o 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, cambio de acciones, decisiones u omisiones”. (CTC, 2003)¹⁸

1.3 Corrupción Pública.

Se distinguen de ella tres elementos esenciales a saber:

- I. Elemento Subjetivo o Interno: Que afecta directamente la formación de la voluntad de la administración y que está constituido por la motivación del sujeto a realizar el acto corrupto. Implica la intención de vulnerar el interés público,¹⁹ pues prevalecen intereses particulares sobre la objetividad de la administración.²⁰
- II. Elemento Adjetivo: Según el cual es necesaria la intervención de un funcionario público²¹ que abuse de su cargo,²² bien sea profiriendo un acto administrativo ilegal, omitiendo proferirlo, o realizando cualquier otra actuación administrativa. De este modo, la corrupción debe constituir una actividad ilícita,²³ pues para que exista un acto de

¹⁷ <http://www.transparency.org/>.

¹⁸ Revista Banco de la República, No 939 – Vol LXXIX, “Pobreza, Corrupción y Participación Política: una Revisión para El Caso Colombiano”, Editorial Banco de la República, Bogotá, D.C., Colombia, págs. 22 y 23.

¹⁹ CASTRO CUENCA, Calos Guillermo. Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública, Concepto de Corrupción, Editorial Universidad El Rosario, 2009, Bogotá D.C. Colombia. Pág. 31. En CRESPO, Demetrio. “Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública” en FABIAN CAPARRÓS, E. (coord.), *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 67.*

²⁰ Ibid. En RIVERO ORTEGA, R: Corrupción y Contratos Públicos: las respuestas europea y latinoamericana, en FABIAN CAPARRÓS, E. y RODRIGUEZ GARCIA, N. (coords.) *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos, Ratio Legis, Salamanca, 2000, p. 70.*

²¹ Ibid. En FERRÉ OLIVÉ, J.C.: “Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública”, en AA. VV., *Fraude y Corrupción en la Administración Pública: delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 14; BUSTOS GISBERT, R: “La corrupción Política y Económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, en: FABIAN CAPARRÓS, E. op. Cit., pág. 70.

²² ACIERNO, L.: “La Corruzione dei Funzionari Comunitari”, en AA. VV.: *Fraude y Corrupción en la Administración Pública: delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pág. 138.

²³ SABÁN GODOY, A.: *El Marco Jurídico de la Corrupción*, Civitas Madrid, 1991, pág. 17.

corrupción debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia,²⁴ aunque no siempre entrañe una antijuridicidad penal.²⁵

- III. Elemento Material: Según el cual los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener beneficios de un beneficio indebido²⁶ (directo o indirecto),²⁷ sin que sea necesario que constituyan una ganancia de carácter económico, pues puede ser políticos, profesionales o sexuales.²⁸

En este sentido, debe destacarse que no es necesaria la existencia de una complicidad privada ni que intervengan varias personas, pues existen múltiples eventos en los cuales el servidor público corrupto es el beneficiado directo por su conducta, como sucede en aquellos supuestos en los cuales el funcionario público contrata con una de sus empresas.

Es necesario aclarar, que el funcionario público cualquiera que sea su cargo maneja cierto grado de poder que hace que pueda incurrir en manipular al resto de la sociedad, cuando ya se vuelve habitual este comportamiento, no es fácil erradicar el flagelo, es por esto que hay que atacarlo desde sus comienzos para que no se vuelva una costumbre y por ende una ley que se traslade a la empresa privada, pues aunque no se habla mucho de la corrupción en este ámbito existe de igual manera.

1.3.1 Corrupción en la Contratación Pública.

El doctrinante Castro Cuenca en su texto *Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública*²⁹ la define como la desviación del interés público, que se desarrolla a través del abuso del cargo, con el fin de obtener un beneficio extra

²⁴ MALEM SEÑA, J. F.: *Globalización, Comercio Internacional y Corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, pág 25 y 33.

²⁵ MALEM SEÑA, J.F.: op Cit, pág. 26

²⁶ MALEM SEÑA, J.F.: op Cit, pág. 32

²⁷ BUSTOS GISBERT, R.: op Cit, pág. 70.

²⁸ MALEM SEÑA, J.F.: op Cit, pág. 32

²⁹ CASTRO CUENCA, op Cit, pág. 32.

posicional en cualquier acuerdo de voluntades celebrado por una administración con los particulares.

El Estado, para cumplir y desarrollar sus políticas públicas en beneficio del ordenamiento jurídico y el interés colectivo, requiere la vinculación de terceros mediante la ejecución de contratos y es a través de los mismos que el funcionario tiene la oportunidad de obtener un provecho particular a expensas del erario público.

En este sentido, el Estado es garante de la transparencia y la moralidad pública en la participación y ejecución de sus contratos, sin olvidar la idiosincrasia propia de los pueblos y la manera en que se controla y vigila el manejo de los recursos.

1.3.2 Corrupción Administrativa.

Se encuentra también en el ensayo del docente universitario José Rory Forero su definición de este tipo de corrupción estableciéndolo como el fenómeno por el cual un Servidor Público actúa de manera diferente al Ordenamiento Jurídico establecido, para favorecer intereses particulares, a cambio de una recompensa, desconociendo con su actuar el principio fundamental del *Estado Social y Democrático de Derecho*, según el cual la conducta del funcionario debe estar encaminada siempre hacia la realización del interés general. La corrupción administrativa, al igual que la ineficacia, ineficiencia, impunidad, en sí, irresponsabilidad administrativa en el ejercicio de la función pública, generan un grave deterioro e inestabilidad de las instituciones; y son flagelos que conllevan la pérdida paulatina de la legitimidad, en cuanto a la forma de gobierno democrático establecida en nuestro Ordenamiento Supremo.³⁰

Verdad insoslayable resulta la relación que existe entre corrupción administrativa, órganos instituidos por el Estado para combatirla y control ciudadano sobre la

³⁰ RORY FORERO, Jose. Revista Nueva Época, Alternativas Constitucionales para Enfrentar la Corrupción Administrativas. Editorial Kimpres LTDA. Bogotá D.C. Colombia. 2002. Págs. 122

gestión pública. El anterior planteamiento nos involucra dentro de la estrategia enunciada, para concluir que el fenómeno debe ser atacado desde diferentes ángulos. De una parte, es claro el compromiso de la sociedad frente al problema, pues resulta evidente que la tarea moralizadora a nivel de la Administración Pública, no puede ser consecuencia de esfuerzos individuales y aislados, sino que se trata de un desafío colectivo que ha de involucrar tanto a gobernantes como a gobernados dentro del concepto imperante en nuestro actual Código Político traducido dentro de la *Democracia Participativa*. El problema igualmente involucra a los órganos instituidos para combatir el flagelo, los cuales para el caso del Estado Colombiano, se traduce primeramente en el Ministerio Público representado por la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y *Personerías Distritales y Municipales*; y las Contralorías en sus diferentes ordenes, entidades respectivamente encargadas de administrar justicia en el campo disciplinario y fiscal.³¹

La corrupción administrativa se concentra en el actuar de un funcionario en contra de los principios constitucionales que fundamentan el Estado y que deteriora su estructura y legitimidad frente a los administrados.

1.3.3 Corrupción Política.

A partir de los años 80 esta forma de corrupción se volvió una de las más grandes preocupaciones alrededor del mundo, prueba de ellos son los casos de la China Comunista de 1982 y de la Unión Soviética de Andropov (1982-1985) donde se iniciaron campañas anticorrupción con miras a restablecer la legitimidad del régimen. En China el resentimiento popular contra la inmensa riqueza adquirida por los oficiales del partido comunista acabó en los trágicos eventos de la plaza de Tiananmen en 1989. Pese al desprestigio internacional que significaría la masacre, el presidente Sian Zemin pareció temer que una verdadera campaña anticorrupción destruiría al partido³² y procedió a enviar las tropas. En el caso de

³¹ RORY FORERO, op Cit. Págs. 122 y 123.

³² *Time Magazine*, mayo 6 de 1996. Pág. 42.

la antigua Unión Soviética y de los demás países ubicados detrás de la Cortina de Hierro, algunos opinan que allí las campañas anticorrupción fueron fundamentales a la hora de precipitar la caída del comunismo.³³

La Ph.D. de la Universidad de Oxford Elvira María Restrepo, nos expone en su investigación tres versiones del porqué la corrupción política se ha vuelto un problema de este periodo, de esta forma establece:

- I. La democratización a nivel mundial. Esta tesis se origina esencialmente en un comentario de Samuel Huntington, profesor de la Universidad de Harvard.

“En los últimos 20 años, más o menos 40 países se han vuelto democráticos. Esta situación tiene que ser un factor determinante en una mayor revelación mundial de escándalos sobre la corrupción. Una mayor apertura lleva indudablemente a un mayor escrutinio”.³⁴

- II. La versión pragmática, que explica la cruzada anticorrupción como el resultado de un proceso de contagio entre los diferentes países. Esta situación sería similar a la ocurrida con la ola de democratización de los años 80 (particularmente en los países latinoamericanos), o a la explosión de regímenes autoritarios en muchos países africanos en la década de los setenta. Además, condiciones como la necesidad de obtener créditos externos o de entrar a mercados internacionales, entre otras, probablemente forzaron a algunos países a adoptar campañas o medidas anticorrupción.
- III. Versión escéptica. Esta versión sugiere que la ola anticorrupción fue simplemente una coincidencia.³⁵

La organización del hombre en sociedad, indiscutiblemente, genera el ejercicio de una serie de poderes que determinan los objetivos de cada pueblo; de allí, que los

³³ RESTREPO DE JOHNSON, Elvira María. Conceptualización de la Corrupción Política. En CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia. Tm Editores 1997. Bogotá Colombia. Pág. 20 y 21.

³⁴ HUNTINGTON, Samuel. *Time Magazine*, mayo 6 de 1996. Pág. 41.

³⁵ RESTREPO DE JOHNSON, op Cit. Pág. 22

diferentes Estados en miras a mejorar sus condiciones de subsistencia, establezcan nuevas formas de impulsar su desarrollo, de manera que, se tomen las medidas necesarias para controlar los fenómenos que afectan la sociedad, tales como la corrupción.

Sin embargo, aunque la ausencia de mecanismos de control hacen que exista un mejor ambiente para la corrupción política, no necesariamente esta desaparece en los procesos democráticos, lo que sucede es que al no existir una concentración tan fuerte del poder, la responsabilidad se dispersa tomando visos de corrupción administrativa.

Nos expone la misma doctrinante las diferentes definiciones de la corrupción encontradas en la bibliografía principal, conformando cuatro definiciones importantes que define y reflexiona sobre sus críticas:³⁶

- i. Definición centrada en el concepto del servicio público. En ella la corrupción se define como el comportamiento que se desvía de las funciones naturales del cargo público para atender intereses privados (familia, círculo de amigos), obtener ganancias pecuniarias o posición social, o violar las reglas y ejercer influencia privada.³⁷ Esta es una definición cuasi-legal pues depende de las normas, estándares y procedimientos de un país determinado.

Aquellos que se oponen a esta definición argumentan que falla en países menos desarrollados donde la institución del servicio público, y el símbolo que este representa, no están bien establecidos.³⁸

- ii. Definición a partir del interés público. Hay corrupción siempre que un funcionario en un cargo de poder y con responsabilidades sea remunerado con dinero u otros recursos no legales, o sea inducido a tomar decisiones que favorezcan a quien suministra la remuneración; y con ello afecte

³⁶ Ibid.

³⁷ NYE, J.S. 1967 en *American Political Science Review*, vol. 61, No. 2. Pág. 419.

³⁸ Ibid.

negativamente el interés público.³⁹ Aquí básicamente se define como corrupta cualquier conducta de un funcionario público que afecte negativamente el interés público o el bien común.

Algunas objeciones se basan en que la definición, remite a una precisa muy amplia y muy abstracta. ¿Cómo se define el interés público y quién lo define? Son preguntas que se hacen a menudo para enfatizar la vaguedad del concepto.⁴⁰

- iii. Definición centrada en el concepto de mercado. Para citar a Heidenheimer⁴¹, en este caso: “el funcionario público concibe su trabajo como un negocio cuyos ingresos... busca maximizar. Su despacho se convierte en unidad maximizadora. En consecuencia, el monto de sus ingresos dependerá de las condiciones del mercado y de su habilidad para encontrar el punto de máxima ganancia en la curva de la demanda pública”. La crítica principal a esta definición es que el concepto del mercado no sirve para definir la corrupción sino para explicarla. El mercado, a priori, rechaza restricciones éticas sobre su maximización.⁴²
- iv. Definición actitudinal. Existe un cuarto tipo de definición sobre corrupción que no está ampliamente sustentado por la bibliografía principal, pero que vale la pena mencionar ya que es una manera de medir este fenómeno. Es la definición actitudinal, basada en la opinión o actitud que la gente tenga sobre lo que es corrupción (e.g. electores, funcionarios públicos, estudiantes, gremios, etc.) una definición muy similar a la anterior es la de Heinderheimer⁴³ quien clasifica la corrupción en blanca, gris o negra según el grado de aceptación pública de una conducta corrupta en la sociedad y en la clase gobernante.

³⁹ FRIEDRICH, C.J. *The Pathology of Politics*. New York, Harper and Row, 1972.

⁴⁰ Caiden, G.E., 1988. Pág. 8.

⁴¹ Heinderheimer, A.J. *et al.* (eds.), 1989, pág. 9

⁴² Philp, M., “Politics, markets and Corruption” en *Innovation*, No. 4, vol. 2, Vienna, 1989, pág. 404.

⁴³ Heinderheimer, A.J. (1970), “Perpectives on the Perception of Corruption” en Heinderheimer, A.J. *et al.* (eds.), 1989.

Las objeciones se basan en la dificultad para determinar cuál es la opinión pública; es decir, que resulta muy difícil determinar cuál es la opinión pública, y diferenciar la opinión de la élite de la del pueblo.⁴⁴

El concepto de corrupción puede situarse desde diferentes vértices, según el punto de vista desde el cual sea abordado; en suma, la corrupción vista desde la relación con el interés general y el servicio público, es un concepto que debe ceñirse a las normas y las instituciones existentes en cada Estado, ya que, los ordenamientos jurídicos serían el punto de partida para definir cuando se consideran desviadas las conductas. Sin embargo, la corrupción puede ser mirada desde el ángulo de lo subjetivo, si se toma en cuenta que este fenómeno depende directamente del manejo y actitud de los diferentes individuos frente al mismo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CORRUPCIÓN.

El presente capítulo está estructurado en tres partes: la primera, contiene los Antecedentes Filosóficos de la Corrupción. La segunda, Antecedentes Históricos a nivel general. Por último, los Antecedentes Históricos de la Corrupción en Colombia.

2.1 ANTECEDENTES FILOSÓFICOS.

La historia de la filosofía, como sabemos, transpira ideas políticas y sociales por todos los poros de su piel y eso hace inevitable que las reflexiones sobre la corrupción estén presentes en los grandes pensadores de todos los tiempos.

Así, Maquiavelo afirma con pesimismo y dureza:⁴⁵ «Los hombres son malos todos con escasa diferencia, y el áncora del bien público está entera en la bondad de las leyes, la cual consiste en hacer que los hombres se abstengan, más por necesidad que por voluntad, de obrar mal».

⁴⁴ Theobald, R., 1990, pág. 4.

⁴⁵ MAQUIAVELO, Nicolás: El Príncipe. Colección Austral. Espasa Calpe, S. A., año 1946, pág. 165.

Voltaire da un paso más y se refiere con desprecio, en concreto, a los hombres que participan en tareas públicas.⁴⁶ Un anciano desconocido le dice a Cándido: «Yo no sé cómo se llama ningún político, pero lo que sí sé, desde hace tiempo, es que los que se mezclan en los negocios y Administración Pública parecen a veces miserablemente, y suelen merecerlo.» Definida la esencia del ser humano, y del hombre público en particular, como algo merecedor de desconfianza por la filosofía, ésta arremete con mucha más virulencia contra lo que tiende a ser el Poder Público sino se le controla, Rousseau reconoce con toda naturalidad que: «Así como la voluntad particular actúa sin cesar contra la general, así también el Poder Público ejerce un continuo esfuerzo contra la soberanía».⁴⁷

Para Ortega y Gasset, lo que le ocurre a la sociedad respecto al Estado es similar a lo que le sucede al Dr. Frankenstein respecto a su criatura: le da vida para obtener una satisfacción, pero el ser creado se le va de las manos y no puede someterlo a control. Así, afirma el citado filósofo español: «La sociedad creó al Estado como utensilio para vivir ella mejor. Luego, el Estado se fortaleció y acabó por intentar someterla».⁴⁸

Tomando como punto de partida el concepto enunciado por Maquiavelo, es posible afirmar que, el hombre es un ser por naturaleza corrupto y los diferentes actores sociales utilizan las normas como una forma de combatir esta situación. En efecto, es el Estado la institución que por excelencia se ocupa de regular el obrar de sus administrados, el problema radica en que el mismo Estado se conforma de individuos que buscan su propio beneficio; bajo esta perspectiva, se tendría entonces, que la corrupción es una realidad inacabable ligada a la existencia del hombre.

La filosofía, por tanto, en cuanto estudia la naturaleza humana y las formas de organizar la vida en comunidad de que pueden valerse los hombres, se ocupa

⁴⁶VOLTAIRE: Cándido. Clásicos Universales, Sociedad Española de Librería, S. A., año 1982, pág. 146.

⁴⁷ROUSSEAU. Juan Jacobo: El contrato social. Biblioteca EDAF, año 1985, pág. 148.

⁴⁸ORTEGA Y GASSET, José: La rebelión de las masas. Colección Austral. Espasa-Calpe, S. A., año 1961, pág. 106.

con frecuencia del tema de la corrupción. Pero la anterior reflexión no debe llevar a pensar que el tratamiento filosófico de este cáncer social siempre es tangencial. Existen numerosos textos, de acreditados autores, que se refieren a la corrupción de forma directa y no como un fleco de otras materias más amplias objeto de estudio. El propio Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, afirma: «La oligarquía es el resultado de aplicar a la aristocracia, como forma de Gobierno, la corrupción ejercida por las autoridades y consistente en distribuir los bienes del Estado contra los justos merecimientos, retener injustamente bienes que pertenecen a la Comunidad, conceder las magistraturas a los allegados y no a los que por ciencia y experiencia las merecen».⁴⁹

Para Hobbes, la corrupción es una patología social, y para explicarla se vale de la metáfora de compararla con una enfermedad física –en concreto la pleuresía–, y nos dice sobre ella que «cuando un caudal público, apartado de su cauce propio, va a parar a manos de unos cuantos particulares, se produce una infección en el Estado acompañada de fiebre y de dolorosas punzadas».⁵⁰

Esta idea de la corrupción como una dolencia del sistema político tiene influencia en muchos autores.

Para Nietzsche, lo mismo que hay enfermedades graves y otras leves, igual sucede con la corrupción. Se está refiriendo a la tradicional distinción que a nivel vulgar solemos hacer entre corrupción y corruptela. El citado autor previene contra ambas: «No permitáis que vuestra virtud huya de las cosas terrenas y dé con sus alas contra murallas eternas. ¡Ay, ha habido siempre tanta virtud que se ha perdido volando! Conducidla de nuevo a tierra para que sea éste su sentido, un sentido humano».⁵¹

En la misma línea, Pascal pone de relieve cómo la corrupción, como toda enfermedad, puede prevenirse y contagiarse: «La mente y el sentimiento se forman por medio del trato con los demás. La mente y el sentimiento también se deterioran por medio del trato con los demás. O sea, que la buena o la mala

⁴⁹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*. Versión, introducción y notas por JAVIER FERNÁNDEZ AGUADO, Instituto de Humanidades Ángel Ayala, año 2001, pág. 214.

⁵⁰ TÖNNIES, Fernando: «Thomas Hobbes». *Revista de Occidente*, año 1932, pág. 281.

⁵¹ NIETZSCHE, Friedrich: *Así habló Zaratustra*. Alba Libros, S. L., año 1998, pág. 124.

compañía los forman o los deterioran. Es, pues, muy importante saber elegir a quiénes tratamos, para formarnos y no deteriorarnos». ⁵²

Siglos después, John Stuart Mill llega por caminos filosóficos diferentes a la misma conclusión: «Los seres humanos se deben mutua ayuda para distinguir lo mejor de lo peor, incitándose entre sí para preferir lo primero y evitar lo último. Deberían estimularse perpetuamente en un creciente ejercicio de sus facultades más elevadas, en una dirección creciente de sus sentimientos y propósitos hacia lo discreto, y no hacia lo estúpido». ⁵³

Según lo expuesto hasta este momento, el tratamiento que da la filosofía al tema de la corrupción es esencialmente pesimista, pues se basa en la desconfianza hacia la naturaleza humana en general, en el recelo ante los gestores públicos y los poderes desde los que actúan y en una elevada preocupación por la capacidad devastadora de las conductas corruptas sobre los sistemas políticos. No obstante, como no podía ser de otra manera, los más ilustres filósofos han dedicado también su talento a concebir medidas para combatir la corrupción y potenciar la ética pública. Marco Aurelio propone la educación en la austeridad como medida anticorrupción: «No es necesario, para vivir en la Corte, tener guardia personal, vestidos caros, candelabros, estatuas y otros lujos parecidos. Es posible ceñirse casi al modo de vida de la gente normal sin por ello perder dignidad o abandonar los deberes que a un príncipe exige el Estado». ⁵⁴

Maquiavelo propone, por su parte, contra el fraude en la gestión de los intereses públicos, la introducción cuidadosa y controlada de cambios en las estructuras del Poder Político: «Cuando un Estado se dirige a la corrupción no basta para oponerse a este mal tener como arma unas buenas leyes, es también necesario mudar poco a poco las instituciones antiguas a fin de que no sean un obstáculo para la aplicación de esas buenas leyes». ⁵⁵

⁵² PASCAL: Pensamientos. Ediciones Temas de Hoy, S. A., año 1995, págs. 90 y 91.

⁵³ MILL, John Stuart: Sobre la libertad. Alianza Editorial, año 1992, pág. 155.

⁵⁴ AURELIO, Marco: *Máximas para una vida virtuosa*. Alianza Editorial, año 1994, pág. 12.

⁵⁵ MAQUIAVELO, Nicolás: *El Príncipe*, Colección Austral, Espasa Calpe, S. A., año 1946, pág. 166.

El pensamiento a través de la historia, sobre la corrupción, converge en que el hombre tiene una tendencia a ser corrupto, las mismas doctrinas filosóficas y teológicas son el reflejo de la necesidad de enfrentar este problema esforzándose por dar una solución moral al flagelo.

La filosofía se encarga de estudiar la naturaleza de los seres humanos y las cuestiones fundamentales que los rodean, es por esto que hace alusión a la corrupción como un elemento importante en la vida del hombre, que va asociado de forma directa con los sistemas políticos de las distintas sociedades, los cuales modifican la utilización del poder a fin de obtener un resultado deseado, que no siempre se ajusta a los intereses de la comunidad en general.

Lo cierto es que, cada gobierno conforme a las características y atributos de su pueblo, debe propender porque su estructura de poder político se fortalezca y se creen herramientas anticorrupción, a fin de promover el bien de la comunidad, la buena convivencia, justamente ordenada en beneficio de los hombres.

2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS.

La corrupción no nace con el poder político y la organización de la economía, es mucho más antigua y se fortalece con el debilitamiento de las instituciones políticas; así, en el antiguo testamento, Moisés enseña al pueblo de Israel: “No aceptes soborno, porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos”. Unos mil años más tarde, Confucio encontró que en China había un gobierno corrupto, y empezó a sentar las altas normas morales que él creía que llevarían a una sociedad más armoniosa. Mil años después el Corán dice: “¡O, mi pueblo! Poned vuestra fe plena en la justicia. Y no cometáis maldad en la tierra, para no causar corrupción”. En la época de los grandes pensadores de tiempos remotos como Platón, Aristóteles, Talúcidos y otros, el término “Corrupción” tenía un sentido más amplio y genérico que el que se maneja en tiempos modernos; utilizaban el término para referirse más a la salud moral del

conjunto de la sociedad, que a las acciones de las personas naturales que atentaran contra su propia moral y dignidad, en detrimento de los demás.⁵⁶

Así, llama la atención cómo en el Antiguo Testamento (Proverbios 20,21) se advierte: «El patrimonio adquirido aprisa no agrada al Señor», en claro reproche a las formas ilegítimas de enriquecerse en perjuicio de la colectividad.⁵⁷ La propia Biblia,⁵⁸ esta vez en Deuteronomio 1, 13, nos ofrece la imagen de Moisés explicando a su pueblo que es ya demasiado numeroso para que él solo pueda resolver los asuntos de su convivencia, por lo que les invita a elegir gobernantes que sean «personas sabias y experimentadas, pero a la vez de conducta moralmente acreditada». Ya existía, por tanto, en el mundo antiguo el perfil del buen gestor público: Capaz, honrado y con experiencia.⁵⁹

Es claro entonces, que la corrupción data de unos antecedentes muy antiguos, que con el pasar de los tiempos ha permeado la historia de la humanidad en sus diferentes estadios. De ahí, que se pueda colegir que la noción de corrupción es análoga a la subsistencia del hombre; sin embargo, resulta ser un labor muy difícil el tratar de establecer la causa que motivó a los seres humanos a cometer actos corruptos, porque más que una recopilación histórica se tendría que entrar a analizar el hombre en todas sus esferas.

Rafael Ballén en su texto “*Corrupción Política*”, nos ilustra como en el Imperio Medio *Egipto*, por ejemplo, la condición de los trabajadores, era prácticamente inhumana, por los malos tratos físicos y la escasa alimentación que recibían. Los relatos dan cuenta que los Vasallos del intendente maltrataban a los campesinos, les robaban los productos que conducían al mercado y hasta el asno en que los movilizaban. El jefe de los obreros de las tumbas reales, abusaba de su poder para obligar de sus subordinados a trabajar por su cuenta, sacándolos de

⁵⁶http://74.125.47.132/search?q=cache:l6o2L-QXDzkJ:library.jid.org/en/mono42/Valladares.doc+antecedentes+historicos+de+la+corrupcion&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co&lr=lang_es

⁵⁷ La Biblia. Proverbios 20, 21. Editorial Herder. 1965. pág. 765

⁵⁸ Ibid. Deuteronomio. 1, 13. Pág. 200

⁵⁹ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069257>

las obras oficiales para hacerlos construir la propia tumba, pintar su sarcófago, alimentar sus bueyes o trenzar esteras para su casa, mientras el tal capataz bebía y comía más y mejor, daba fuertes gritos y gozaba de las mujeres de sus compañeros de trabajo.⁶⁰

Por otra parte, la *civilización Griega*, se fundó en ideales de libertad, secularismo, racionalismo y en el alto respeto por la dignidad y el merito del hombre individual. Esta cultura fue la primera que se baso en la primacía del intelecto sobre cualquier forma de expresión material y en la supremacía del espíritu de investigación de la mayoría.⁶¹ Por eso fueron los griegos los que se inventaron el instrumento político más revolucionario que haya conocido la historia de la humanidad, la *democracia*.⁶² El esplendor de Grecia, con su más importante ciudad-Estado, cuna de grandes pensadores, fue desmantelada por el vicio, la traición y la corrupción en todos sus frentes: públicos y privados. Fue precisamente *Platón*, quien por primera vez observo algo en lo que hoy no hemos caído en cuenta: que todos los males no hayan en la Constitución, y que antes que al régimen del Estado, es necesario mirar al guardián del mismo, a sus virtudes y a sus defectos.⁶³ Los casos más comunes se daban uno en la justicia y otro en el comercio; en el primer aspecto, los encargados de administrar justicia eran ancianos de pensamientos serenos y profundos, a quienes cuando se les quería sobornar, se llevaba ante ellos, mujeres jóvenes y bellas, para despertar sus pasiones, doblegar su recia imparcialidad, y lograr decisiones amañadas.⁶⁴ La actividad mercantil, era de tipo terrestre y marítimo, este ultimo fuente de corrupción, porque el patrón y el negociante de las mercancías, se valían de usureros para comprar cargamentos y

⁶⁰ BALLÉN, Rafael, op Cit, pags. 25 y 26.

⁶¹ BURNS, Edward Macnall, *Civilizaciones de occidente*. Buenos Aires, Ediciones penser, 1970, p. 201, en BALLÉN, Rafael, op Cit, pag. 27

⁶² SAVATER, Fernando. *Política para Amador*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1992, p.84, en BALLÉN, Rafael, op Cit, pag. 27

⁶³ PLATON, *Obras completas*. Madrid, Ediciones Aguilar, 1996, p. 656, en BALLÉN, Rafael, op Cit, pag. 27

⁶⁴ ARISTOTELES, *Moral a Nicomaco*, Madrid, Espasa Calpe S.A., 1984, p. 106, en BALLÉN, Rafael, op Cit, pag. 28

hacían que el barco se hundiera y la mercancía se perdiera, para que su crédito quedara anulado, y así no tener que devolver el préstamo.⁶⁵

Esta demostrado que la civilización griega fue la que mayores logros apporto al mundo a través de la historia y que aunque tuvo falencias sus pensadores existieron y existirán a través de la historia por los amplios y maravillosos legados dejados a la humanidad.

También *Roma* fue grande y poderosa hasta cuando abandono sus principios. Fue tal el poderío del Imperio Romano, que necesitaron más de 200 años de vicio y corrupción, para lograr su decadencia y destrucción. A partir del siglo II antes de Cristo, en Roma ha nacido otra aristocracia. A la antigua jerarquía fundada a la pertenencia a una *Gens* y la riqueza rustica que confería esta circunstancia seguíos una nueva, que reposa sobre la riqueza invertida en bienes rústicos, y sobre la nobleza hereditaria, a la cual conduce necesariamente la riqueza. Para pertenecer a la nobleza es suficiente que el jefe de la familia, ya se trate de patricio, de plebeyo o de hijo de liberto, pertenezca al senado. Y para pertenecer al senado la única condición es haber sido elegido para una magistratura. Pero para ser elegido en una magistratura son necesarios dos requisitos: tener apoyo del senado y ser rico. Por solidaridad de cuerpo, el senado tiene la tendencia a apoyar a los hijos de sus miembros. La riqueza es indispensable porque la campaña es muy costosa, el tren de vida de los magistrados es caro y las funciones públicas no están retribuidas. Por eso se tenía pocas posibilidades de ser elegido magistrado y senador, si no se forma parte de los ciudadanos más ricos, ya que en la práctica las dos dignidades deben ser compradas.⁶⁶

En el período imperial coexisten la corrupción más burda –que encuentra la opacidad que siempre le es necesaria en la complejidad burocrática del sistema

⁶⁵ BALLÉN, Rafael, op Cit, pags. 27 y 28

⁶⁶ REMONDON, Roger. “El mundo romano”, en Historia general del trabajo, pp. 305 y ss, en BALLÉN, Rafael, op Cit, pags 29 y 30

político vigente– con las más elevadas virtudes de la época republicana (ejercidas por personajes concretos de enorme talla intelectual y moral, como el emperador Marco Aurelio). Mientras el poder político del emperador es fuerte y está centralizado, la corrupción está bajo control porque forma parte del normal ejercicio de las funciones públicas. El problema surge cuando el poder imperial se debilita y descentraliza. Es entonces cuando la corrupción se desborda, se generaliza y se convierte en uno de los principales detonantes de eso que, aunque tenga nombre de película, constituye una de las más graves convulsiones de la Historia humana: la caída del Imperio Romano, algo que sin duda se habría evitado si se hubiera seguido por los ciudadanos romanos y sus gobernantes la máxima de Cicerón, “*Legum idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus*” (todos somos siervos de la ley para poder ser hombres libres). La Europa medieval se desenvuelve a través de un sistema político, económico y social: el feudalismo, en el que la corrupción halla un caldo de cultivo perfecto para su pleno desarrollo. Políticamente, el Medievo se caracterizó por la debilidad de las instituciones, la tensión entre el poder del monarca y el de la nobleza y un orden jurídico complejo en su contenido (pues mezcla normas del antiguo Derecho romano con reglas consuetudinarias del Derecho germánico) e incapaz de crear un auténtico clima de seguridad jurídica porque su aplicación quedaba en manos de una aristocracia sanguínea a veces, burocrática, otras, dotada de poderes cuasi absolutos.⁶⁷

Es preciso señalar, que la corrupción puede llegar a afectar a un Estado de tal manera que sus diferentes instituciones o estamentos, su sistema político y de gobierno en general pueden decaer totalmente, tal y como ocurrió con el Imperio Romano, donde el poder de los gobernantes era determinado por sus riquezas e influencias, y las actividades de los miembros del Estado eran determinadas por el emperador sin tomar en cuenta su licitud.

⁶⁷ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069257>

Al extenderse los imperios y desarrollarse la descentralización, aumenta la corrupción; lo cual no presupone que la descentralización no funcione, sino que se hace necesario para su aplicación, el seguimiento al manejo del patrimonio del Estado, con una vigilancia permanente para reducir la corrupción y garantizar su óptimo funcionamiento.

Socialmente, el período medieval se caracterizó por la desaparición del viejo sistema romano, que distinguía entre el *status familiae*, *status libertatis* y *status civitatis*, y su sustitución por un modelo social rígidamente jerarquizado e intrínsecamente injusto, sin más atenuación que las prevenciones del cristianismo —extendido ya por toda Europa— y la aparición de una incipiente burguesía en las ciudades, a salvo de la arbitrariedad de los señores feudales.⁶⁸

Económicamente, la Edad Media se caracterizó por la tendencia a sistemas autárquicos en los que el comercio es muy rudimentario (a pesar de que se inicia el mercado cambiario y las cruzadas abren nuevas rutas hacia Oriente) y el concepto feudal imperante integra al ser humano como parte de la tierra en la que trabaja.⁶⁹

Se dan las combinaciones perfectas, por tanto, para que el ejercicio del poder incurra con facilidad en operaciones ilegítimas de enriquecimiento. A veces es la Corona misma quien aumenta su patrimonio de manera injusta (caso del proceso a la Orden de los Templarios en Francia); otras, la Nobleza frente a la Corona (apoyando a un aspirante al trono frente al legítimo titular del mismo); en otras ocasiones, la propia Iglesia (dando lugar a una compleja confusión entre el poder civil y el religioso). La corrupción no sólo se desarrolla sin apenas cortapisa, sino que a veces llega a confundirse con la legalidad (no se ejercía la postura *iusnaturalista* de San Agustín, según la cual *ius id quod iustum est* —sólo es Derecho aquello que es justo—, ni se había desarrollado aún la moderna teoría

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

del abuso de Derecho). No obstante, sería injusto referirse a un período histórico de prácticamente mil años dando una visión estática e inflexiblemente pesimista. Durante la Edad Media se producen también algunos acontecimientos importantes en dirección opuesta a la de la corrupción:⁷⁰

- La aparición de una incipiente clase media en los «burgos» capaz de desarrollar formas políticas de convivencia ordenadas, en las que la corrupción tenía mayor dificultad para abrirse camino.
- La influencia del cristianismo como doctrina moral que servía de contrapeso a la impunidad despótica desde la que actuaban la nobleza y la realeza medievales.
- Surgen los parlamentos, que limitan la potestad real para ingresar fondos y gastarlos. Así, en el caso de los reinos de España, cabe destacar las Cortes de 1252, las de 1256, las de 1258, las de 1295, las de 1307, las de 1312 y, sobre todo, las Cortes de Carrión en 1317, que discutieron sobre todo tipo de medidas económicas, pidieron Cuentas al Rey y fiscalizaron todos sus ingresos y gastos.⁷¹
- Aparecen los primeros órganos de control de la gestión de los fondos públicos. Así, en el reino español de Castilla, el monarca Juan II creó, en 1437, la Contaduría Mayor de Cuentas, antecedente histórico de lo que es hoy el Tribunal de Cuentas español.

La época medieval se caracterizó por la creación de una serie de estamentos sociales y por la descentralización del poder, diferente de los que se tenían en Roma; es un periodo que puede ser representado como un punto cumbre de corrupción y violencia en la historia, por la manera en que operaba el sistema político y por las constantes guerras e invasiones. Pero también es cierto que, en este tiempo se dieron unos acontecimientos en respuesta a las exigencias de las diferentes civilizaciones que cambiaron su dinámica, en el tema de la corrupción

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ CUBILLO RODRÍGUEZ, Carlos. La jurisdicción del Tribunal de Cuentas, Editorial Comares, año 1999, págs. 79 y 80.

cabe resaltar, que se manifestaron una serie de hechos en respuesta a este problema tales como, la creación del parlamento y de unos órganos de control, el establecimiento de unas bases morales que regularan las diferentes actuaciones, entre otras.

El período que discurre desde el final de la Edad Media hasta la Revolución Francesa tiene sus propios focos de corrupción característicos:⁷²

- a) Ante el fortalecimiento de las monarquías frente a la nobleza surge un corrompido mercado de nepotismo, tráfico de influencias y venta de información privilegiada en torno al trono que se dota, por su parte, de una suntuosa Corte y de un complejo aparato burocrático, elementos siempre favorecedores de la oscuridad y confusión constitutivas del hábitat perfecto para la corrupción.
- b) La aparición de un comercio floreciente como consecuencia de las enormes riquezas procedentes de América, África y Asia induce a pactos encubiertos e ilegales entre las autoridades públicas y los mercaderes, lo que, si bien beneficia injustamente a ambas partes, perjudica tanto a la integridad de los poderes públicos como a la libre competencia en una economía que pretende ser de mercado.
- c) Las continuas guerras provocan un tráfico específico de armas e información que hace posible la creación de grandes fortunas. Además, en una Europa en permanente lucha fratricida, aparecen espacios en los que la corrupción se desenvuelve como pez en el agua porque las confiscaciones sin escrúpulos y la distribución arbitraria de cargos públicos, en un clima de absoluta excepcionalidad y constante conspiración, hacen imposible la más elemental seguridad jurídica y sacan de las entrañas de Thomas Hobbes la desgarradora protesta: «Homo lupus homini».

⁷² <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069257>

Con la Revolución Francesa se generaliza la puesta en práctica de algunas ideas que ya se habían venido estudiando en los gabinetes de trabajo de los pensadores políticos de la etapa anterior. La soberanía se traslada desde el príncipe a los ciudadanos, el poder se divide en partes, y la ley, como expresión de la voluntad general, vincula por igual a los particulares y a las autoridades públicas. Se produce, por tanto, un auténtico cambio de escenario que hace posible que el modelo de Estado propio del Antiguo Régimen sea sustituido por un nuevo sistema político, el Estado liberal que, tras no pocas vicisitudes, acaba desembocando –ya en el siglo XX– en el Estado social y democrático de Derecho.⁷³

Todas estas trascendentales alteraciones políticas influyen en la corrupción decididamente. Cuanto más fuerte y consolidada está la democracia en un país, más legitimación tiene sus instituciones y más eficacia sus mecanismos de control del poder.⁷⁴

De ello se deduce que a mayor calidad y cantidad democrática, menor corrupción. Por eso, en los modernos Estados de Derecho la corrupción no subsiste con comodidad, tiene que ir buscando las grietas de déficit democrático que existan en el concreto país en el que pretende sobrevivir. No debe olvidarse tampoco que el enriquecimiento democrático de las naciones supone la posible movilización de la ciudadanía en defensa de sus derechos a través de los cauces que le ofrece una sociedad civil perfectamente vertebrada y supone también el crecimiento de la influencia de los medios de comunicación que pueden actuar como mecanismo de control de la correcta actuación de los Poderes Públicos. A pesar de tan optimistas consideraciones, el modelo de organización política que nace con la Revolución Francesa y se va perfeccionando a lo largo de los siglos XIX y XX, no ha conseguido acabar con la corrupción, que ha ido encontrando nuevos cauces para manifestarse.⁷⁵

Al analizar los diferentes factores que influyeron sobre la Revolución Francesa, se pueden percibir diversos focos de corrupción, tales como, El régimen monárquico

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

excesivo y poco garante que produjo un disgusto en las clases populares que ya habían adquirido más poder en el Estado, la crisis económica que se dio en Francia que generó una desigualdad social extrema, en fin, había un descontento generalizado de la población por los amplios privilegios que tenían los nobles, lo cual produjo que se abrieran nuevos horizontes para el cambio político.

Resultan estremecedores los comentarios, por ejemplo, que hace en el año 1848 el embajador de Francia en España, Ferdinand de Lesseps (conocido por su participación en la construcción de los Canales de Suez y Panamá), quien, con ocasión de un informe enviado al Ministerio de Asuntos Exteriores de su país, denuncia cómo importantes políticos españoles de la época, como el Marqués de Salamanca, habían ejercido corrupción a gran escala mediante la utilización de la política para fines lucrativos ilegítimos, actuando de forma deshonesto y participando en negocios turbios, tales como operaciones ilegales con la banca o con empresas que monopolizaban los suministros de determinados productos al Estado.⁷⁶

Igualmente crítico podría haber sido el embajador de España en Francia al informar del escándalo Dreyfus unos años después, asunto que como sabemos constituye un modelo de corrupción en cadena de autoridades encuadradas en todos los Poderes Públicos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que conmocionó a la sociedad de su tiempo y que puso de relieve el nuevo papel de la prensa como contra peso de la corrupción política.⁷⁷

Lo que la Historia nos dice de la corrupción, de acuerdo con lo expuesto en este epígrafe, es en apretada síntesis:

- Que es inherente al ser humano.

⁷⁶ Citado por FERNANDO CLEMENTE DE ANTONIO en su artículo «Reflexiones sobre la corrupción», publicado en Crónica 1998-1999, de la Asociación de los Cuerpos Superiores de Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas, año 2000, pág. 38.

⁷⁷ Sobre el asunto Dreyfus tiene gran interés el comentario que se recoge en el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, leído por LUIS MARTÍ MINGARRO, el día 21 de mayo de 2001, págs. 116 y siguientes.

- Que no tiene fronteras.
- Que no distingue épocas.
- Pero, y esto es lo más importante, que no actúa con igual comodidad en todos los sistemas políticos, económicos y sociales.

Como ya hemos anticipado, cuanto mayor es la legitimación democrática de las instituciones, menores las desigualdades en la distribución de la riqueza y mayores las garantías de protección de la libertad de empresa en una economía de mercado, más difícil resulta que la corrupción sobreviva a los múltiples controles que tienen la misión de hostigarla.⁷⁸

2.3 ANTECEDENTES EN COLOMBIA.

El columnista Jorge Iván Cuervo Restrepo, nos hace un recorrido histórico en su artículo: “*El referendo y la Corrupción*”, de la siguiente forma:

El fenómeno de la corrupción administrativa es un fenómeno del Estado contemporáneo que bien puede rastrearse en la historia reciente a partir de su definición operativa como la apropiación de recursos públicos para beneficios privados. El común denominador durante buena parte de nuestra historia es el de un Estado débil con problemas de control sobre el territorio y de conducción política de la sociedad, y el de una economía frágil y dependiente de los mercados internacionales que hacía que trabajar para el Estado fuera el botín por excelencia a la hora de procurarse una fuente de empleo e incluso un estatus social. El sector privado empezó a jugar un papel importante como generador de empleo sólo hasta bien entrado el siglo XX.

En el período de la Independencia, el antecedente más importante de lucha contra la corrupción lo constituye la Ley contra los defraudadores de la renta y el tabaco, firmada por Simón Bolívar el 11 de septiembre de 1813 en su cuartel general frente a Puerto Cabello —plaza a la cual tenía sitiada— y que ordenaba pasar por

⁷⁸ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069257>

las armas (pena de muerte) a todo aquel que fuere convencido de defraudar la renta nacional del tabaco, y a aquellos jueces que debiendo aplicar esta medida no lo hicieron por favorecer al inculcado por connivencia, parcialidad u otra causa. Si bien esta medida fue dictada en ejercicio de poderes discrecionales de militar al mando de sus tropas, y no en ejercicio de facultades constitucionales, ha sido apropiada por la historiografía como una señal inequívoca sobre el cuidado de la cosa pública que el Libertador imprimió en su vida pública y privada, y cuya usurpación debía pagarse con la vida.

Uno de los casos más sonados de dudoso manejo de lo público, ya constituida la República, fue la del Crédito Zea, correspondiente a las gestiones adelantadas por el vicepresidente Francisco Antonio Zea en Inglaterra, para financiar los gastos de la campaña libertadora, por poderes otorgados por Simón Bolívar como presidente de la Gran Colombia en 1819, y posteriormente revocados en 1822 por el Congreso constituyente de Cúcuta. Se discute si Zea recibió la notificación del retiro de sus poderes o si simplemente la ignoró, y también que, como aparece por documentos oficiales, el dinero que entró a las arcas públicas fue inferior al empréstito obtenido. El vicepresidente había usado parte del crédito para financiar su larga estadía en Europa —cerca de tres años— y para pagar intereses del primer crédito obtenido por él, con el fin de salvaguardar la confianza de la Gran Colombia como buen deudor ante los mercados financieros internacionales de la época.

En 1826, Bolívar presenta su proyecto de Constitución al Congreso constituyente de Bolivia, y en su discurso anuncia la creación del llamado Poder Moral, que se constituía en una cámara de censores en el interior del Congreso de la República, encargada de "ejercer una potestad política y moral" y de fiscalizar la conducta del gobierno en observancia de la Constitución y de los tratados públicos. Los censores del Congreso tenían una herramienta poderosa en el juicio nacional, un antecedente de control político del Congreso sobre el Ejecutivo en materia de probidad en el ejercicio de la función pública, en el cual se podía pedir la suspensión en el ejercicio de sus funciones.

En el período comprendido entre 1830 y 1886, en la medida en que el Estado no pudo consolidarse como instancia imparcial superior a los partidos, la cosa pública era una cosa partidista. Es decir, el interés general estaba subordinado a los partidos políticos liberal y conservador, sin que se hubiera podido establecer en ninguna de las constituciones del siglo XIX un antecedente histórico importante de lucha contra la corrupción, aunque sí, la tendencia a cierto bloqueo institucional propio de un régimen presidencial con poderosas fuerzas parlamentarias, bloqueo que indefectiblemente se dirimía en los campos de batalla.

Resultado de este equilibrio desinstitucionalizante que caracterizó al Estado en el siglo XIX, es el discurso de la Regeneración, que bajo el lema "regeneración o catástrofe" puso en el debate la necesidad de que la sociedad colombiana de la época se hiciera cargo de la cosa pública, y especialmente de la profesionalización de la Administración Pública, como condición del crecimiento económico y de elevar el bienestar de los ciudadanos, en coherencia con las corrientes de opinión internacionales de entonces, que empezaban a defender la necesidad de consolidar los grandes estados burocráticos.⁷⁹

En la Historia reciente, en tema de la probidad de la cosa pública durante el Frente Nacional, gracias a las figuras de la alternación y de la paridad burocrática, introdujo una causa partidista de la cosa pública y la lucha contra la corrupción se diluyó en los esfuerzos por superar la violencia. El fallido juicio político al general Gustavo Rojas Pinilla por malversación de fondos durante su presidencia de facto sólo fue el más visible ejemplo de la incapacidad de autocontrol del régimen político.

La lucha contra la corrupción en el período reciente se inscribe en el escenario de las agendas globales de degradación del papel del Estado y de resurgimiento de los mecanismos de mercado, bajo el presupuesto de que el Estado ha sido cooptado por grupos de interés, políticos, sindicalistas y burocráticos, que han

⁷⁹ CUERVO RESTREPO, Jorge Iván. Revista Credencial Historia. El Referendo y la Corrupción. Edición Especial 166. Bogotá Colombia. 2003

hecho suya la cosa pública. El Estado colombiano se inscribió en la agenda global de lucha contra la corrupción desde finales de la década de 1970. Lo novedoso de esta nueva concepción es la incorporación del ciudadano, del control social a la gestión pública, como un signo del desgaste de los mecanismos de representación democrática.⁸⁰

El fenómeno estuvo presente a lo largo de todo el siglo XX, entró en escena en 1903 con el "affaire" Panamá, en el que fueron sobornados no pocos funcionarios oficiales, con la dolorosa pérdida de ese territorio patrio. En la dictadura de Rafael Reyes, se manifestó a través de concesiones y contratos a los validos del régimen. En los años veinte vino la "danza de los millones", en buena parte con la indemnización de los Estados Unidos por Panamá, precio de la reconciliación. Eran los atisbos de un capitalismo endeble y dependiente. En torno a las compañías petroleras se tejió desde entonces la más intrincada red de intereses. Ya en 1905 Reyes había entregado los terrenos petrolíferos de Barrancabermeja a Roberto Mares, su ahijado de matrimonio.⁸¹

Se pueden encontrar también algunos antecedentes de corrupción en Colombia como los que muestra el diario La República en su publicación del 21 de octubre de 1999 donde da a conocer un listado de las entidades oficiales implicadas en desfalcos al tesoro público⁸²:

1. Foncolpuertos: Donde se comprometieron recursos por un valor aproximado de tres billones de pesos, representados en pensiones reconocidas de manera irregular. **Igualmente de conformidad a las investigaciones de los organismos judiciales, se determinó que fue tan grande la corrupción que se debió sancionar a los abogados que irresponsablemente impetraban demandas de pensiones por sumas exorbitantes, lo que demuestra que en**

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ VILLAR BORDA, Luis. Revista Credencial Historia. Corrupción, Una Constante Histórica. Edición 119. Bogotá Colombia. 1999

⁸² RORY FORERO, op Cit. Pág. 109

esta entidad la corrupción iba galopante sin que nadie la detuviera, ni leyes, ni justicia ni sociedad y era tal su desbordamiento que salpicó miembros de la vida nacional de nivel superior.

2. Fondo de Previsión Social del Congreso: Con faltantes por 2.643 millones de pesos, utilizados en el pago de pensiones ilegales, exageradas y dobles pagos. Sobre este caso es preciso determinar que la corrupción fue tan notoria que el Gobierno Nacional debió establecer mecanismos de vigilancia superior para poder detener el pago de pensiones desmesuradas que solamente beneficiaban a los artífices de ellas desangrando de tal manera el erario público, lo que conllevó a que se expidieran leyes más estrictas para contener esta desbandada de demandas de pensiones por sumas exorbitantes.
3. La antigua Caja Agraria: Donde se detectaron una serie de irregularidades relacionadas con la tramitación de créditos para “favorecer amigos”, moras prolongadas para cartera irrecuperable, celebración indebida de contratos y adjudicación fraudulenta de créditos. La Caja Agraria máximo Banco cuidador de los dineros públicos cayó rendido ante el flagelo de la corrupción, sus funcionarios se vieron tentados a conceder créditos gracias a las dádivas ofrecidas por particulares o por los mismos funcionarios públicos, lo que conllevó a la liquidación de este Banco y pérdidas millonarias para el Estado Colombiano.
4. Banestado: Según datos recientes de la Contraloría General de República, registra fraudes por valor de 5.000 millones de pesos. Desafortunadamente el Banco del Estado, también fue salpicado por la corrupción, la pérdida de dineros fue millonaria y no fue posible la totalidad de su recaudo, lo que afectó notablemente el erario público y por tanto la reducción para posibles programas de educación, vivienda, salud y otros para la comunidad más vulnerable y de muy bajos recursos.
5. El liquidado BCH: Entidad que el 31 de mayo de 1999, registraba un faltante por 16.353 millones de pesos, a raíz del manejo indebido de aceptaciones bancarias. El Banco Central Hipotecario fue otro de los bancos afectados

por la mala administración en los dineros públicos, lo que permitió que el Gobierno entrara a regular este sistema pero desafortunadamente cuando entro a actuar ya era demasiado tarde las pérdidas de dineros fueron cuantiosas,

6. El Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT: Donde se detectaron fallos en contratación y sobrecostos por valor de 3.840 millones de pesos. Otra entidad del Estado que cayó en desgracia por el flagelo de la corrupción, lo que indica que la corrupción vulneró todos los estamentos sociales, políticos, religiosos y el Estado inerme no atendió en su momento las fallas para evitar un detrimento patrimonial.

Encontramos además en el ensayo de Anthony P. Maingot titulado “*Estudiando la Corrupción en Colombia*” acontecimientos de corrupción relacionados con la vida política del país, se destacan:

1. El *Proceso 8.000*, que como lo titula la Revista *Semana*, es sin duda la narcofinanciación de la campaña que llevó a Ernesto Samper a la presidencia, el mayor escándalo de la historia política de Colombia. El *Proceso 8.000* demostró que el país sufría de una enfermedad peor de lo que aparentaba: corrupción en la cima del poder político. Sin embargo en este proceso solo quedan recuerdos de una posible sanción porque hasta el momento el ex presidente Samper no ha dado las explicaciones pertinentes. Si la corrupción llega a la cima del poder político ¿que se podría decir de sus subalternos?
2. La confesión del Ministro de Defensa Fernando Botero acerca de que el Presidente Samper supo que su campaña aceptó la contribución de \$6 millones de la mafia. En este proceso se demostró con esta confesión que fue cierta la influencia de la mafia, lo que indica que las conciencias son comprables y además, el Doctor Fernando Botero viniendo de una familia adinerada, sucumbió ante la avaricia y el dinero fácil para terminar exiliado de su propio país. Uno de los pocos casos en que verdaderamente la

Justicia Colombiana ha agotado todos sus esfuerzos para encontrar la verdad.

3. El asalto al Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1.985 por el M-19 y el contra-ataque por el ejército en el cual murieron noventa y cinco personas, incluyendo diecisiete miembros de la Corte Suprema. Trece desaparecieron y su suerte nunca ha sido revelada. Hasta hoy nadie ha podido confirmar o negar el rol de las mafias narcotraficantes (con el objetivo de destruir los archivos) o de ciertos integrantes de las fuerzas armadas que también querían destruir los archivos. ¿Tuvo este asalto objetivos claros y conocidos, llevados a cabo por actores, o fue parte de algo diferente y tal vez hasta más siniestro?. De otra parte la corrupción llegó a cercenar la vida a los miembros más influyentes y de más prestigio de la vida nacional, magistrados que la sociedad nunca volverá a ver, poseedores de valores inigualables y de una justicia para todos.
4. El narcoterrorismo generalizado que ha asesinado a candidatos presidenciales y periodistas y ha estallado bombas en aviones de pasajeros civiles. Esto fue su respuesta a los esfuerzos estatales de terminar con su impunidad. Como se publicó en *Semana*, hasta mediados de los 1.980, los narcotraficantes pensaban poder hacer todo, obtener todo, y comprar todo. Con esta intromisión el narcotráfico le ha robado a la sociedad colombiana la posibilidad de avanzar a ser un país desarrollado y ha abierto brechas imposibles de cerrar entre ricos y pobres.
5. El crecimiento del paramilitarismo, en muchos casos financiado por las mafias narcotraficantes y nuevos dueños de terrenos que sufrían extorsión, secuestro y "boleto." Se estaba perdiendo el control sobre la guerra civil, con ambos lados usando dinero proveniente de las drogas. ¿Tuvo este crecimiento objetivos claros y bien conocidos llevados a cabo por actores conocidos, o fue parte de algo diferente y tal vez más siniestro? Desafortunadamente en Colombia al crearse la cultura de la corrupción, la vida dejó de tener sentido y por dinero se compraron conciencias, el paramilitarismo que en principio fue creado como Autodefensas contra la

guerrilla se convirtió en el más grande asesino de la comunidad con sus masacres del Aro y la Rochela, entre otras.

6. Los asesinatos de periodistas. Con el asesinato de treinta y tres de ellos, Colombia es el primero en la lista mórbida de matanzas de miembros de la profesión periodística. Y con estas acciones Colombia ya está en los estrados judiciales internacionales como es la Corte Penal Internacional en donde algún día tendrá que responder por ser negligente ante la muerte de miles de personas.

Estos eventos aparentan coincidir entre sí con una honda y perversa corrupción. Aún así, hay que preguntar si los eventos relacionados con el tráfico de drogas en general y el narcoterrorismo específicamente, se pueden entender mediante las teorías disponibles sobre la corrupción, o si son fenómenos de distinto origen, propósito y método que requieren un cuerpo de literatura aparte.

El próximo evento muestra como la conceptualización de la corrupción tiene que ser ampliada para incluir una dimensión internacional; no podría entenderse en términos netamente nacionales.

7. El asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán, un ardiente oponente de las mafias. El rol de la corrupción fue evidente en algunos aspectos internos en Colombia al igual que en los aspectos externos de este crimen. Si se toman en cuenta las dimensiones externas de este caso, por ejemplo el rol de Israel, Miami y Antigua, en el mundo de contrabando de armas y especialización militar, no cabe duda sobre cuál es el rol de la corrupción.⁸³ Desafortunadamente, la dimensión internacional probablemente crecerá en importancia mientras la violencia en Colombia se incrementa y cada grupo compra sus armas mediante el dinero proveniente del negocio ilegal de drogas (como ha ocurrido en la mayoría de guerras civiles, desde Afganistán al Líbano). Esta dimensión internacional es especialmente evidente en el próximo caso que, nuevamente y sin

⁸³ BLOM COOPER, Luis. "Guns for Antigua: Report of the Commission of Inquiry into the Circumstances Surrounding the Shipment of Arms from Israel to Antigua and Transshipment ... to Colombia," 2 de noviembre, 1990.

sorpresas, el grupo de "expertos" mencionó por último. Los vínculos políticos o de administración pública exactos no son evidentes en la superficie.

8. La crisis financiera y el colapso del imperio económico de Jaime Michelsen Uribe, un conglomerado de 210 negocios. Este fracaso fue el primer colapso de una institución mayor en la historia financiera o bancaria colombiana, pero ciertamente no la única en los años 80. Lo que no se dice en *Semana* es que el colapso de Michelsen Uribe fue solamente el mayor de veinte fracasos bancarios, todos parte de lo que un experto llama los piratas de la bolsa.⁸⁴ Los colombianos erróneamente tienden a subestimar las dimensiones internacionales de este caso. Para entender como Michelsen Uribe construyó semejante imperio es necesario entender el rol de los centros financieros "offshore" como los de Panamá, las islas Cayman, Bahamas y Curacao en la creación de compañías de fachada, transferencias financieras y crucialmente, acceso al flujo sin límites de dólares estadounidenses. Esta fuente de dinero proveniente de Panamá generaba la liquidez necesaria para la compra de tantas compañías simultáneamente.⁸⁵ Cuanto de esto es resultado de la corrupción no es muy claro en Colombia. Los temas son muy complejos y cubren demasiadas jurisdicciones para ser explicados usando las conceptualizaciones existentes de la corrupción. Adicionalmente, hay una evidente falta de interés de parte de las autoridades gubernamentales para controlar y regular a los negocios monopolísticos y oligopólicos.⁸⁶

A continuación se mencionaran algunos escándalos de corrupción que han generado responsabilidad del Estado:⁸⁷

⁸⁴ RODRIGUEZ, Hector Mario. *Los piratas de la bolsa* (Bogotá: Ediciones Plus, 1.988)

⁸⁵ RODRÍGUEZ, Héctor Mario *El Aquila* (Bogotá: Ediciones Plus, 1.989).

⁸⁶ HOMMES, Rudolf "Regulation and Deregulation in Colombia: Much Ado About Nothing?" (Inter American Development Bank, Working Paper No. 316, enero de 1.996).

⁸⁷ GUERRA GARCIA Yolanda M., Responsabilidad del Estado por el Actuar de sus Funcionarios "Introducción al Estudio de la Corrupción", Trabajo de Investigación Universidad Libre Facultad De Derecho Instituto De Postgrados, 2006, Bogota D.C., pag 164 a 167.

En el Siglo XX la corrupción entro en escena con relevantes acontecimientos:

1. El caso Panamá

El 3 de noviembre de 1903 con el "affaire", como se conoció el caso de la entrega de Panamá, en el que fueron sobornados no pocos funcionarios oficiales, con la dolorosa pérdida de ese territorio patrio.

Lo sucedido supone una enorme complejidad. Intereses españoles, republicanos, ingleses, franceses y norteamericanos se trenzaron intrincadamente en una madeja histórica de siglos de duración. Se trataba en suma, y todos los interesados coincidían en ello, de construir un paso que uniera ambos océanos.

En este escándalo de corrupción se mencionan nombres como el jefe militar del batallón Colombia Esteban Huertas oriundo de Boyacá y casado con una dama Panameña quién aceptó ponerse al servicio de los conspiradores que querían la separación de Colombia a cambio de veinticinco mil dólares (US \$25.000). Así también es mencionado el gobernador del Departamento de Panamá el senador Obaldía, el mismo que en el congreso se abstuviera de tomar decisiones respecto al tema y que en repetidas oportunidades, había manifestado sus apetencias separatistas.

Muy amigo y partidista de las ideas del hábil abogado Cromwell representante de la CIA del Canal de Panamá, con un fuerte convencimiento de defender los intereses de Theodore Roosevelt, entonces presidente de los E.U., firmemente interesado en construir el canal por vía panameña al punto de convertir este asunto en carta para su reelección, había hecho hasta lo imposible por dar vía al proyecto. Todo lo anterior sucedió bajo el mandato presidencial de Marroquín quien era vicepresidente y subió a la presidencia el 31 de julio de 1900, mediante un golpe de Estado.

La venta del territorio nacional fue un hecho sin precedentes en la historia de Colombia con el agravante que el negocio fue tan lamentable que se perdió un valioso territorio, por consiguiente, la cantidad de dinero que estuvo en juego no fue poco puesto que el Canal de Panamá era la puerta a parte del mundo, la historia les cobro con creces a esos funcionarios corruptos el haber vendido parte de la patria que los vio nacer. Actualmente el mapa de Panamá continúa dibujado en el escudo de la República de Colombia, como recuerdo de que la corrupción también hace parte de la historia de este país.

2. La danza de los millones

Luego viene la dictadura de Rafael Reyes, donde todavía se recibían ganancias por convenios con E.U. y Panamá a través de concesiones y contratos a los que estaban de acuerdo con el régimen.

En los años veinte vino la “danza de los millones”, en buena parte con la indemnización de los E.U. por Panamá, precio de la reconciliación. Eran los atisbos de un capitalismo endeble y dependiente de los E.U.

3. Las petroleras

Corrupción en torno a las compañías petroleras: alrededor de esto y desde hace mucho tiempo se teje una intrincada red de intereses. Ya en 1905 Reyes había entregado los terrenos petrolíferos de Barrancabermeja a Roberto Mares, su ahijado de matrimonio.

En 1914, y a partir del uso generalizado de los motores de explosión, los grandes centros industriales comprendieron que de la tenencia de combustibles dependía en buena parte el futuro de su supervivencia. De esta manera las grandes compañías internacionales, sobre todo las inglesas y norteamericanas, se abalanzaron sobre aquellas latitudes, propias o ajenas, en donde abundaba el petróleo. De manera que a partir de este nuevo e imperioso afán, Colombia volvió a ocupar un lugar en el mapa.

Manifiestas todas estas confluencias, el 6 de abril de 1914, bajo la conducción y dirección del entonces ministro de Relaciones Exteriores, don Marco Fidel Suárez, se redactó el célebre tratado Urrutia-Thompson, fuente de enfrentamientos y de escándalos que llevarían a la estrepitosa renuncia del Señor Suárez, futuro Presidente de la República, y su principal gestor.

Sin imaginar los verdaderos alcances de su conducta, a instancias de su ministro Camilo Arango, el presidente Suárez había expedido el decreto No. 1255-bis, que reglamentaba el uso y propiedad de los hidrocarburos del subsuelo colombiano. Se decretaba entonces que el Estado tomaba para sí la posesión y propiedad del petróleo que se encontraba en los territorios nacionales, por encima de cualquier interés particular, e incluso, sobre concesiones pactadas con anterioridad. Y como muchos empresarios norteamericanos ya habían adquirido ingentes cantidades de tierras en el país, con ánimo de explotación petrolera, aquella disposición evidentemente lesiva para sus intereses fue recibida de la peor forma.

La aprobación del tratado Urrutia-Thompson, que los norteamericanos sabían favorecer y fundamental para Colombia, se relativizó entonces a la condición de que el gobierno derogará aquella disposición, “tan arbitraria y lesiva” para los intereses norteamericanos. Este tratado vendría a ser una nueva humillación, otra vergüenza, un nuevo abandono de la soberanía a cambio de “migajas”.

4. Escándalos corruptos durante el gobierno de López Pumarejo

Los inconvenientes que rodearon la adquisición de una trilladora de café por parte de Alfonso López Michelsen, hijo del Presidente y futuro primer mandatario. Este episodio, conocido como el de la trilladora Tolima, se gestó en el marco de las disposiciones del decreto 1756 de 1942. Perfeccionado por la administración Santos, giraba en torno a la venta de bienes en fideicomiso. Los acontecimientos de la guerra europea habían llevado a la incautación de los bienes de los ciudadanos alemanes residentes en Colombia quienes se consideraban

amparados por dicha reglamentación .De esta manera, la transacción realizada a menor precio entre López Michelsen y el ciudadano alemán H.J. von Mellethin, fue calificada por los periódicos adversos al Gobierno como dudosa por haber en ella comportamientos abusivos del hijo del Presidente.

El de los fondos destinados a posibilitar la nacionalización de bienes extranjeros que tuvieran ingerencia directa en la economía nacional. El Gobierno presuponía los efectos bondadosos que traería el acrecentar sus haberes con una copiosa cantidad de activos, que por ser parte de la dinámica económica nacional no estaban sujetos a control ni a fiscalización.

Desde antes de la segunda administración de su padre, el futuro presidente Alfonso López Michelsen se desempeñaba como asesor legal de una sociedad holandesa conocida como la andel. Por otra parte, el mismo López Michelsen actuaba con intermediario para la venta de acciones pertenecientes a extranjeros radicados en los Estados Unidos. En otras palabras, interesados los extranjeros en vender acciones de su propiedad suscritas en la andel, contaba con la diligencia de su representante, quien desde Colombia arreglaría todos los asuntos. El doctor López también se desempeñaba como vicepresidente de la empresa Bavaria, una de las más sólidas y pujantes en la historia del país.

Dadas las intenciones de los accionistas norteamericanos y la política gubernamental de facilitar la nacionalización de los bienes extranjeros a través del ya mencionado Fondo de Estabilización. Y gracias al ejercicio de los derechos de representación e intermediación del hilo del Presidente, varios miembros de la familia presidencial adquirieron acciones extranjeras que convirtieron de inmediato en acciones de Bavaria.

Estas operaciones fueron tachadas con especulación amparada por el Gobierno central, mediante las cuales hasta el mismo Presidente gozaría de beneficios económicos .Se supuso la violación de una serie de disposiciones legales sobre el

control de cambios y se insistió en que los infractores fueron favorecidos con una rebaja sustantiva de las sanciones imputadas, que bajaron de un 100% inicial a un 15% final. Estas circunstancias, a las que el propio Presidente respondió ofreciendo su retiro temporal del cargo para propiciar un objetivo ambiente de deliberación, fueron adquiriendo trascendencia política hasta que se convirtieron en móviles para impugnarlo por supuesta inmoralidad administrativa.

Luego vendría el episodio de la casa de veraneo Las Monjas, que de nuevo fue utilizado hasta la saciedad por los sectores opositores. El presidente decidió pasar unos días en esta propiedad detentada por una sociedad de la familia Michelsen.

Para facilitar su gestión y alojar convenientemente a los oficiales encargados de la seguridad, el ministro de guerra Alejandro Galvis Galvis, invirtió algunos fondos en la construcción y adecuación de algunas casetas, que desde aquel momento ingresaron al patrimonio del Ministerio de obras públicas. Los opositores de inmediato afirmaron ante la opinión pública que aquel desembolso obedecía al deseo de valorizar una propiedad particular mediante el uso indebido de dineros públicos. La actitud huidiza tomada por el presidente por estos hechos vino a constituirse en un bochornoso espectáculo de cobardía y oportunismo, tanto o más escandaloso que los supuestos episodios de ilicitud que se le imputaban.

El 10 de julio de 1944, y sin contar con ningún apoyo político, López Pumarejo formalizó su renuncia ante el congreso el 31 de julio de 1945.

La crisis social y política que sobrevino, y que alcanzaría su epitome en el asesinato del Líder Jorge Eliécer Gaitán, alimentó y a su vez fue alimentada por la sucesiva incursión del movimiento guerrillero en los llanos, Tolima, Caldas, Valle, Boyacá, Cundinamarca, Santanderes y otras regiones.

Incapaz de explotar su propia riqueza y sumergida en las alucinaciones de la violencia, la Nación se vio abocada a una pobreza creciente, que en amplios

sectores alcanzo los límites pavorosos de la miseria. En la década de los años sesenta reprobada la alternativa militarista, el país experimentó un modelo de alternancia política. Desde entonces ya pueden visualizarse los gérmenes que, en los momentos presentes, pueden desarrollarse a plenitud. A las ya experimentadas y padecidas incongruencias y disputas generadas por el enfrentamiento partidista tradicional se sumó, desde entonces, la presencia de una nueva fuerza, poderosa y devastadora el narcotráfico y su cultura de enriquecimiento instantáneo.

5. Casos de corrupción después de los 80.⁸⁸

La guerra y las drogas generaron decadencia y corrupción, el país había logrado mantener un ritmo creciente en sus exportaciones a partir de los años sesenta, y a finales de los años setenta ya había empezado a experimentar algunas reformas de corte liberal y monetarista, cercanas al pensamiento de Chicago. Colombia era, sin lugar a dudas, un país en el que se podía confiar, y así lo mostraba el mercado internacional de valores. Por otro lado, en una época en que el terrorismo de izquierda azotaba a Latinoamérica, Colombia había logrado mantener un aceptable control sobre el problema de las guerrillas. Al interior de las instituciones políticas había corrupción, pero esta se había mantenido en niveles que aún eran catastróficos.

¿Entonces qué ocurrió? ¿Por qué hoy en día nuestro país es azotado por grupos terroristas que disputan al gobierno su carácter de autoridad política de manera desafiante?

La razón se encuentra en la corrupción política, y en las grandes sumas de dinero respaldando intereses particulares. Muchos autores como el economista Milton Friedman aseguran que la guerra contra las drogas arruinó a Colombia generando su decadencia y corrupción.

⁸⁸ Ibid, Pag 167 a 179.

De no haber existido la guerra contra las drogas impulsada por el gobierno de los Estados Unidos, los factores de corrupción se manifestarían de una manera más leve, como ocurre en cualquier país del mundo.

La prohibición de drogas en todos los rincones del mundo, genera aumento del crimen, de la corrupción y de la influencia de los criminales en la política, debido a la gran cantidad de dinero genera el negocio, Colombia no siendo ajeno a este fenómeno, se vio altamente afectado.

El tráfico de drogas como un negocio consolidado comenzó a aparecer en el país a finales de los años setenta. A principios de los ochenta, ya era claro que en Colombia funcionaban poderosos grupos de mafia que controlaban el mercado mundial de la cocaína. A mediados de los ochenta se hizo evidente que estos grupos eran las organizaciones criminales más poderosas del mundo.

La presencia de Estados Unidos como promotor de la guerra antidrogas se ha hecho sentir especialmente con el tema de la extradición y con la erradicación de cultivos ilícitos. En 1984 Pablo Escobar, el famoso narcotraficante, ordenó el asesinato del ministro de justicia Rodrigo Lara Bonilla. La reacción del gobierno colombiano fue iniciar una persecución a los narcotraficantes con el propósito de extraditarlos. Fue allí cuando Colombia se involucró de manera directa en las escaladas antidrogas.

Aparte de la decisión política de combatir los carteles, la verdad es que el Estado carecía de los más elementales recursos para llevar a cabo la tarea. No había información de inteligencia sobre los escondites de los capos, ni sobre sus subalternos y protectores, y la poca que existía estaba en manos de oficiales corruptos que no estaban interesados en usarla.

La única herramienta eficaz para la fecha era la extradición, acordada con Estados Unidos por el gobierno de Julio César Turbay en 1979, pero estrenada sólo tras el homicidio de Lara. Aun así, fue necesario que pasaran tres años para que fuera posible despachar a un capo importante hacia Estados Unidos.

Posteriormente, en las últimas semanas de 1986, ya con Virgilio Barco en la presidencia, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el tratado de extradición, por vicios de forma en su ratificación legal. El entonces director de El Espectador, Guillermo Cano, condenó en una de sus notas editoriales la decisión del alto tribunal y solicitó al gobierno restablecer el mecanismo, mediante un decreto de excepción. Por cuenta de ese texto, Escobar y sus secuaces ordenaron su muerte en diciembre de ese año. El cartel de Medellín se había especializado en magnicidios después de asesinar al ministro Lara, y sus sicarios mataron a un magistrado de la Corte que no quería pronunciarse en contra del tratado de extradición, asesinaron también al coronel Ramírez, autor del golpe a Tranquilandia.

En el gobierno de César Gaviria se concibió la política de “sometimiento a la justicia”. El principio era simple, como no había pruebas judiciales contra los traficantes y capturarlos era casi imposible, aprovechando el temor que tenían a ser extraditados, se les prometió la no extradición contra la entrega y la confesión, lo cual permitía ponerlos tras las rejas y tener bases para procesarlos penalmente.

Pablo Escobar prefirió esperar, secuestró a Francisco Santos, Diana Turbay, Maruja Pachón y varias personas más, y presionó al Gobierno y a la Asamblea Constituyente reunida para reformar la Carta, para que en ella quedara expresamente prohibida la extradición. Cuando logró el objetivo, se entregó y fue recluido en la cárcel de La Catedral, en Envigado, Antioquia, en cuyo diseño por parte de las autoridades de ese municipio, él mismo participó.

Este hecho demostró una vez más que el dinero puede dominar las conciencias, de tal suerte que el capo Pablo Escobar era un rey en el centro de reclusión y seguía delinquir con los capos a su servicio.

Un año después, cuando las autoridades intentaban asumir el control de La Catedral, donde Escobar hacía y deshacía a su antojo e incluso había asesinado a antiguos socios; el capo se escapó en la noche del 21 de julio del 92. Diecisiete meses después, y tras una sangrienta persecución a la que él y sus sicarios respondieron con una feroz campaña terrorista, Escobar fue abatido en una operación de la Policía, con ayuda de la inteligencia estadounidense.

6. Los grupos armados ilegales

Es uno de los problemas que aquejan a Colombia y el cual se aumenta con la guerra contra las drogas, trayendo decadencia y corrupción a nuestro país.

La guerrilla Colombiana nació inspirada en las ideas de lucha de clases promovidas desde la cortina de hierro (Ideas comunistas Soviéticas). Sus primeras manifestaciones fueron en forma de revueltas espontáneas en contra de la situación social y sus políticas fueron fundadas en el rechazo al orden existente, por tanto declararon directamente estar en oposición al gobierno. Su origen campesino fue rápidamente matizado, en los sesenta, con la vinculación de personas provenientes de las ciudades, adoctrinadas en el credo comunista. Al caer la cortina de hierro, muchos pensaron que la guerrilla se disolvería poco a poco, pero no ha sido así, no ha desaparecido, aún tiene combatientes y armamento sofisticado, aumentando la crueldad de sus acciones convirtiendo el secuestro en una práctica masificada. En las regiones en que tienen presencia, ejercen el poder a sangre y fuego, se manifiestan por medio de ataques y atropellos a la población civil, empleando medios como el secuestro, las masacres, los crímenes y las torturas, para desafiar al gobierno; su forma de vida ocasionado grandes perjuicios en la zona rural colombiana, al apoderarse del

campo por un periodo considerable de tiempo y desplazar de allí a los campesinos que han llegado a las ciudades para hacer parte de la gran masa de desplazados y desempleados.

La guerrilla actual, en Colombia, ha perdido su ideología, convirtiéndose en bárbaros violadores de los derechos humanos; por su violencia deshumanizada e insensible han llegado a ser considerados grupos terroristas, que al igual que los grupos paramilitares, asesinan sin discriminación por lucro económico; su economía está relacionada con el narcotráfico e incluso suelen ser los mayores responsables de los cultivos ilícitos, con el agravante de que son auspiciadas por organismos internacionales, a los cuales no les conviene que se acabe el negocio del narcotráfico. Son juegos de poder, a través de la historia, en el desarrollo de la aristocracia, burguesía y otros sistemas, se ha observado que quien posee riquezas, posee también una gran arma política y adquiere autoridad y respeto en el medio en donde se desenvuelvan sus intereses. La droga en el mundo produce dinero y esto es lo que mueve las economías.

A mediados de los años ochenta, las selvas del sur de Colombia empezaron a ser inundadas con cultivos de coca. Poco a poco, Colombia pasó de ser un país procesador y exportador de cocaína a ser un país en el que incluso se cultivaba la materia prima. Esto, por supuesto, resultaba más eficiente para los narcotraficantes. Además, las políticas represivas de Perú y Bolivia ayudaron a la consolidación de Colombia como país cultivador. Estas selvas del sur habían sido desde hacía muchos años un campo de operación rutinaria de la guerrilla. En estas zonas la presencia de las autoridades es mínima, así que la guerrilla podía cómodamente instalar allí sus campamentos y sus escuelas de entrenamiento. El aumento de los cultivos de coca dio a la guerrilla una oportunidad económica de oro.

Se cree que a principios de los ochenta las FARC iniciaron sus relaciones con el narcotráfico. Esas relaciones consisten en que la guerrilla cobra un impuesto

sobre cada una de las actividades relacionadas con el procesamiento de la cocaína, lo cual incluye el cultivo, la construcción de laboratorios y pistas aéreas, el procesamiento final, etc.

Esto se facilitó por el hecho de que las zonas de procesamiento de coca están casi todas dominadas por las FARC. Los ingresos de las FARC comenzaron a crecer desmesuradamente. Esto les permitió aumentar su número de hombres, mejorar su entrenamiento y modernizar su armamento. De tal forma, cuando cayó la cortina de hierro, las FARC ya habían alcanzado su autonomía financiera, y no dependían en modo alguno de apoyo externo. Todas las estadísticas señalan que en los últimos años los cultivos de coca han crecido en el sur del país, lo cual nos lleva a concluir que los ingresos de la guerrilla han registrado un crecimiento similar.

De no ser por esta fuente de dinero, la guerrilla no tendría la capacidad terrorista y desestabilizadora que hoy tiene. Es por eso que concluimos que la guerra contra las drogas es la causante que la guerrilla colombiana sea más poderosa que antes y de que se haya convertido en uno de los principales problemas de Colombia presentando casos de corrupción donde los funcionarios son comprados, con manejos oscuros en los acuerdos de paz.

Mediante Resolución 85 de 14 de octubre de 1998, el Presidente de la República de Colombia, Andrés Pastrana Arango, desmilitarizó una extensa zona del territorio nacional, que comprendía 42.000 kilómetros cuadrados, correspondientes a seis municipios de dos departamentos, para realizar allí diálogos de paz con la guerrilla de las FARC. Posteriormente se generó un escándalo al conocerse que en esta zona no solamente se guardaban secuestrados de este grupo armado y se albergaban terroristas internacionales⁸⁹, sino que también se cultivaban drogas y que el narcotráfico junto con la guerrilla tenían su negocio. Pastrana Arango fue “disuadido” a desmilitarizar esta zona por motivos políticos, ya que en su campaña

⁸⁹ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-461998>

para la presidencia, fue apoyado públicamente por el líder guerrillero Manuel Marulanda Vélez. Algunos sectores piensan que en este gesto de Paz del Presidente Pastrana se manejaron intereses, dado que para la época, la guerrilla manejaba un poder similar al del Estado Colombiano. No obstante, este proceso dejó una guerrilla aislada política y diplomáticamente, aunque fuerte en lo militar.

La corrupción no es un fenómeno nuevo, ni es propio de los países latinoamericanos. La corrupción es un fenómeno que se relaciona con la presencia de un Estado grande y fuerte con funcionarios cuyo poder es discrecional. Así, en Colombia la corrupción existía en los mismos niveles que pueden ser vistos en otros países.

Sin embargo, en los últimos quince años, la corrupción ha aumentado de manera tan increíble que entre el año 2006 y 2010, han sido detenidos más de 40 congresistas y varios funcionarios de alto rango. La principal causa, sin lugar a dudas, es la actividad corrupta de narcotraficantes que cuentan con grandes sumas de dinero para repartir entre los funcionarios burocráticos. Esto se agrava aún más, si se tiene en cuenta que, la tendencia del Estado colombiano ha sido a disminuir sus dimensiones, especialmente después de la Constitución de 1991. Con la presencia de estas grandes sumas de dinero, el precio de la corrupción se ha elevado notablemente. Ahora los escándalos de corrupción involucran cantidades que nunca se habían presentado.

El impacto que la corrupción tiene sobre la grave situación fiscal, a la que se había hecho referencia anteriormente, es también considerable. Por lo tanto, es esta otra forma en la cual la guerra antidrogas perjudica las finanzas públicas colombianas, con el consiguiente impacto sobre las finanzas privadas de los contribuyentes.

Los atentados de los corruptos contra las arcas públicas terminan sintiéndose en el bolsillo de cada colombiano, el último responsable de llenar los huecos que, en las finanzas nacionales, dejan los piratas de paño y corbata.

7. Congreso de la República

Pasando por alto la desviación para campañas preelectorales de dinero destinado a la inversión en regiones, los contratos (y sus comisiones de hasta 100%) se convirtieron en alegre vena rota. Para mencionar escándalos:

- Nominas paralelas. En 1995 se detectaron pagos a personas que no trabajaban (la costumbre persiste), y altísimos sobrecostos en una muestra de cuatro contratos por ciento cuarenta y seis millones de pesos (\$146.000.000). Sobre este tema vale la pena indicar que este procedimiento ya es normal en estamentos estatales y privados y aunque los organismos de Control lo han detectado, no son eficaces para erradicar este flagelo que se está generalizando en nuestro país. El presidente del congreso era Julio César Guerra Tulena.

Para vigilar estos actos corruptos están los procuradores y contralores sin embargo:

- Orlando Vásquez Velásquez. El jefe del Ministerio Público en 1995, Orlando Vásquez Velásquez, se valió de testigos falsos para crear una causa en contra del fiscal general, Alfonso Valdivieso, que investigaba su presunta vinculación con dinero del narcotráfico (luego purgó una pena por enriquecimiento ilícito). Desafortunadamente este Procurador con su actuar, desprestigió el máximo organismo de Control a nivel nacional, sin embargo, la Procuraduría General de la Nación ha logrado de nuevo posicionarse como una de las de mayor credibilidad de la comunidad colombiana en atacar la corrupción.
- Manuel Francisco Becerra. El contralor general de 1990, Manuel Francisco Becerra, terminó también pagando una condena de 70 meses de cárcel por el mismo delito.

Como resultado a todos estos casos y muchos más, existen tres sentencias condenatorias, veinticuatro servidores públicos con resolución de acusación y veinticinco contratistas llamados a juicio.

Con base en las diligencias realizadas por la Fiscalía, el honorable Consejo de Estado despojo de investidura a ocho Representantes a la Cámara e, igualmente, están siendo investigados penalmente varios congresistas por la Corte Suprema de Justicia.

La mayoría de los escándalos de corrupción que ha habido en el Congreso de la República, tienen su origen en el manejo de los recursos:

- El caso Pomárico. La Corte Suprema de Justicia sentenció a doce años de cárcel al ex presidente de la Cámara, Armando Pomárico Ramos y Condenó a otros miembros de la mesa directiva por el escándalo en contrataciones irregulares en la Cámara de Representantes por cerca de 5.000 millones de pesos, en diciembre de 1999. Según las investigaciones, hubo fraccionamiento de contratos, adjudicados en tiempo récord de un mes, para favorecer a amigos políticos o para pagar favores y recomendaciones.

Fiscalía General de la Nación

- Desde agosto de 2001, una ola de escándalos envolvió también a la Fiscalía General de la Nación, ente encargado de investigar los delitos, calificar los procesos y acusar ante los jueces y tribunales competentes a los presuntos infractores de la ley penal; acusaciones sobre infiltración del narcotráfico y nexos con los paramilitares salpicaron el periodo del Fiscal Luis Camilo Osorio (Fiscal General 2001-2005), quien enfrentó una decena de investigaciones en el Congreso, alegaciones de malversación, abuso de poder, absoluta incompetencia y posible corrupción.

En septiembre de 2010, la misma Fiscalía compulsó copias ante la comisión de acusación de la Cámara de Representantes, para que se investigue al ex fiscal Luis Camilo Osorio por el crimen del ex candidato presidencial conservador Álvaro Gómez Hurtado, debido a testimonios ofrecidos por el famoso narcotraficante del cartel del Norte del Valle, Luis Hernando Gómez Bustamante, alias Rasguño, quien en sus declaraciones a vinculado a tres ex fiscales Generales de la Nación, un ex ministro y un ex presidente de la República.⁹⁰

8. Caja Nacional de Previsión

La cadena de la felicidad, así se denominaba una sociedad para delinquir creada en la época por algunos jueces laborales y abogados que se dedicaron a ganarle procesos ejecutivos a la Caja Nacional de Previsión para forzarla al pago de pensiones de dudosa legalidad⁹¹.

El secreto estaba en que con un solo poder los abogados iniciaban procesos en varias ciudades, donde los funcionarios judiciales fallaban con inusual celeridad, a favor de sus pretensiones, para luego distribuirse las ganancias. En estos momentos todavía no se ha determinado el pago de pensiones a cientos y cientos de beneficiarios que siguen rogando por que se les reconozcan sus derechos.

Los perdedores eran invariablemente la Caja, que no tenía dolientes en los estrados judiciales, y los pensionados que solo recibían sus mesadas netas pero no veían un solo peso de los jugosos intereses producidos por la mora en los pagos.

⁹⁰ <http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articuloimpreso-224761-rasgunados> (consultado el 19 de enero de 2011 a las 3:23 pm.)

⁹¹ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-147100> (consultado el 19 de enero de 2011 a las 3:23 pm.4:21 pm.)

Cuando la modalidad fue descubierta y combatida por los organismos judiciales, la cadena se inventó nuevas formulas para eludir los mecanismos de control e incorporó a la sociedad a falsificadores de documentos que daban apariencia de legalidad a sus negocios. Una decena de jueces fueron excluidos de la rama judicial y por lo menos 35 abogados quedaron impedidos de por vida para ejercer su profesión, pero muy pocos fueron a la cárcel. A través de testaferros, casi todos lograron esconder sus ganancias antes de iniciar el primer proceso judicial.

La Corte Constitucional citó en octubre de 2010, al Procurador General, Alejandro Ordóñez Maldonado, y a representantes del Gobierno Nacional para que expliquen las labores adelantadas para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia T-1234 del 2008, en la que conminan a los funcionarios de CAJANAL a cumplirle a sus trabajadores con sus acreencias laborales. De la misma manera la Corte llamó a declarar al liquidador de CAJANAL, Jairo Cortes Arias, por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas con usuarios y ex trabajadores, las cuales se calculan en unas 7 mil solicitudes que no han sido perfeccionadas. El daño causado por estos acontecimientos dura muchos años en ser reparado y no se presenta el resarcimiento completo.

9. Embargos millonarios

En un caso muy similar a los que originaron los escándalos de CAJANAL, TELECOM y FONCOLPUERTOS, entre los años 2000 y 2005, el abogado Julio Santamaría López, en representación de un grupo de pensionados, consiguió que el Departamento de Bolívar girara pagos multimillonarios, valiéndose de artimañas.

En el año 2003, el departamento de Bolívar aceptó pagar más de 11.000 millones de pesos a la “Asociación de Maestros Jubilados del Departamento de Bolívar”, un grupo de jubilados del magisterio. El abogado que los representaba embargó

las rentas del departamento por otros 12.000 millones y consiguió conciliaciones millonarias para que se le giraran los dineros. La cifra era desproporcional ya que el presupuesto de inversión social del departamento de Bolívar para el año 2003 era de tan solo 2.500 millones de pesos, una cuarta parte de lo que le había dado a un puñado de jubilados.

También se presentaron casos de personas que figuraron en la demanda sin ser pensionados del magisterio y sin haber otorgado poder al abogado Santamaría; esta es la situación de Rina Burgos de Vélez y Miguel Cabrera, a quienes la juez les reconoció reajustes por 7.565.394 pesos y por 10.360.600 pesos, respectivamente, sin estarlos solicitando. Peor aún, se encontraron ocho pensionados a los que se les hicieron pagos millonarios aunque nunca trabajaron con el magisterio.

Algunos pensionados representados por Santamaría aseguran que no obtuvieron nada de lo pagado por el departamento. Adicional a esto, el abogado logró que un grupo de jubilados renunciara a los intereses que les autorizó la juez y, a cambio, se comprometió a conseguirles sus reajustes en 15 días. Así logró ganarse 1.029 millones de pesos más. Es decir, en este solo acuerdo de pagos el abogado se quedó con 1.573 millones de pesos y los pensionados sólo con 477 millones.

Finalmente, quedó plenamente comprobado que Santamaría se apropió indebidamente de dineros dentro del controvertido proceso judicial entre la Gobernación y docentes del Departamento.

En abril de 2009, una juez laboral de Cartagena declaró la nulidad de todo el proceso que había instaurado la asociación en representación de cerca de mil 900 jubilados y ordenó la devolución de más de 103 mil millones de pesos que la gobernación había cancelado a la Asociación de Maestros Jubilados de Bolívar.

En el año 2010, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura excluyó del ejercicio de la profesión al abogado Julio Santamaría López, quien reside en los Estados Unidos, por su participación en el controvertido tema de los embargos millonarios a la Gobernación de Bolívar.

10. Sector eléctrico

Según palabras del doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación en el año 2002, en el primer gran foro de rendición de cuentas a la ciudadanía, organizado por la Vicepresidencia de la República y el programa presidencial de lucha contra la corrupción, realizado en la ciudad de Bogotá el 30 de julio de 2002:

En el proceso de liquidación y venta el sector eléctrico se presentó una serie de defraudaciones al Estado, desde actos de cuantificación por debajo de los precios reales, celebración de contratos amañados, sobrecostos de contratos, entre otras muchas modalidades. En el grupo de las entidades investigadas están: Electrotolima, Electranta, ElectroCórdoba, Electrocesar, Electromagdalena, Enelar, Electrificadoras de La Guajira, de Bolívar, Boyacá y Casanare. De las decisiones tomadas se puede citar la condena al gerente de la Electrificadora del Magdalena y el llamamiento a responder en juicio de más de dieciséis funcionarios⁹².

Hasta 1992, el mayor robo que había existido al patrimonio del Estado, en dinero efectivo, era el realizado por el economista Roberto Soto Prieto⁹³, en 1983, mediante unos télex enviados al Chase Manhattan Bank en Londres para autorizar la salida de US \$13,5 millones del patrimonio del Estado a cuentas particulares. Sin embargo, esta suma fue superada increíblemente en 1992 con el caso de la

⁹² <http://www.fiscalia.gov.co/pag/divulga/Decla02/cuentas.htm>

⁹³ <http://www.semana.com/noticias-especiales/soto-prieto-135-millones/32670.aspx>

construcción, por cuenta de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (EEEB), de la hidroeléctrica del Guavio, en Cundinamarca, en el que se presentó un sobre costo de US \$2.906 millones.

En el proceso por los hechos ocurridos en el Guavio, se le comprobaron \$692,5 millones de aumento patrimonial injustificado, al entonces gerente de la EEEB, Fabio Puyo Vasco, quien fue condenado por la justicia penal a 7 años de prisión⁹⁴, de los cuales no pagó ninguno, ya que huyó a España, donde se refugió alegando persecución política. En el año 2007, Puyo Vasco solicitó la prescripción del fallo y un juez de descongestión de Bogotá declaró la extinción de la pena, quedando libre de cualquier cuenta con la justicia, siendo la única persona condenada por el mayor caso de corrupción en Colombia.

Esta situación de impunidad frente a los casos de corrupción, que se presenta cuando el Gobierno colombiano no logra la deportación de aquellos que, luego de causar un detrimento al patrimonio del Estado, se refugian en otros países, ha sucedido con frecuencia.

Además del Guavio, el sector eléctrico se ha visto afectado por diversos escándalos en la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (CORELCA),

, EEB, TERMOGUAJIRA, CHEC Y TERMORIO

11. Crisis de sector financiero oficial

Este sector, por razones externas e internas, se fue a pique por actos de corrupción y malos manejos. Varias entidades generaron caos al punto que el propio Estado tuvo que intervenir con medidas de choque que causaron muchos daños al sistema financiero. Algunos son:

⁹⁴ Juzgado 26 Penal del Circuito, sentencia del 15 de septiembre de 1997.

Frente al caso de la CAJA AGRARIA, hay cuatro sentencias condenatorias, más de cien personas vinculadas, se han decretado treinta y nueve medidas de aseguramiento y se dictaron diez y seis resoluciones de acusación. Por préstamos indebidos por \$11.000.000 millones. Por ejemplo, entre 1994 y 1997 en el hoy desaparecido Banco Central Hipotecario (BCH) ya no había préstamos completamente legales a ministros, como en 1933, sino millonarios empréstitos encubiertos a miembros de su junta directiva, adquiridos mediante empresas de papel, con facturas falsas como comprobantes. Con respecto al caso del BANCO CENTRAL HIPOTECARIO, Hay cincuenta y cuatro personas vinculadas, treinta y dos con medida de aseguramiento y veintiuna con resolución de acusación.

También está la corrupción para ocultar corrupción. En 1994 no fueron sólo los US \$6 millones recibidos por la campaña proselitista del a la postre presidente Ernesto Samper. Aún no terminan de abrirse las ollas que en ese tiempo se cocinaron para evitar fallos adversos durante el período de investigación en su contra en la Comisión de Investigaciones en la Cámara de Representantes.

12.Caprecom

Entre las conocidas, el nombramiento en la gerencia de la Caja de Compensación Familiar del Sector de las Comunicaciones (Caprecom) de Hernán José Mogollón, familiar de Heyne Mogollón, representante investigador delegado para el caso. Durante su breve administración se hallaron \$3.850 millones de faltantes en balances. Veinticinco resoluciones de acusación y más de treinta medidas de aseguramiento.

Al final de la misma administración, cayeron a tiempo dudosas licitaciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) por \$12.000 millones. Y quedaron en el limbo \$800.000 millones (\$0,8 billones, otra forma de leerlo) \$800.000 millones públicos colocados, sin que nadie sepa todavía con qué

intereses particulares dada la abierta inconveniencia, en unas cooperativas que resultaron frágiles para tanto peso financiero y arrastraron en su caída con por lo menos \$50.000 millones destinados a inversión.

13.Dragacol

Por contratos, sobre los que se exigían más de 26.000 millones de pesos, el Estado alcanzó a desembolsar a la firma Dragacol 17.600 millones de pesos. Según el Consejo de Estado, el valor real que se debió reconocer por los mismos jamás debió exceder los 4.000 millones de pesos.

Conciliaciones por \$26.000 millones entre el ministerio de Transporte y Dragacol, que terminan también en conexiones con financiación de la campaña pastranista⁹⁵ en 1998. Los fondos de cofinanciación convertidos en auxilios parlamentarios.

Fueron condenados por determinación del Tribunal Superior de Bogotá, entre otros, a 80 meses de prisión el ex jefe Jurídico de la entidad del Ejecutivo Juan Carlos Chávez, sentenciado a tres años y cuatro meses de prisión y Eduardo Santisteban, quien al igual que Chávez fue hallado culpable del delito peculado por apropiación.

Fueron absueltos el ex viceministro de Transporte Luis Alberto Páez Moya y otros ex funcionarios del Ejecutivo.

Si logran que no los condenen, demandan al Estado y reciben más dinero.

Las irregularidades cobijaron a Reginaldo Bray representante legal de Dragacol, quien fue absuelto 10 años después "por no haber prueba contundente", ya que el monto que Bray supuestamente habría ganado con el arreglo, no alcanzaba a cubrir lo que en realidad debía recibir Dragacol por el incumplimiento del Ministerio de Transporte. Las autoridades ordenaron devolverle lo que le habían incautado. Esto quiere decir que podría instaurar una demanda contra el Estado para la reparación de todos los perjuicios que se le causaron.

⁹⁵ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1286547>

14. Escándalo de Chambacú

En 1992 el constructor cartagenero Héctor García Romero presentó una propuesta al INURBE para adquirir la propiedad de Chambacú. El 14 de mayo de 1993, el entonces Ministro de Desarrollo, Luis Alberto Moreno, posesionó como director del INURBE a Héctor García Romero, el mismo que le había planteado a la entidad que ahora dirigía, su interés por los terrenos de Chambacú. Posteriormente, Héctor García Romero, propuso a su primo hermano, alcalde de Cartagena, Gabriel García Romero, que le cambiaran la destinación de uso de suelo a los terrenos. El alcalde avaló la propuesta, al igual que el Concejo de Cartagena que dividió Chambacú en una zona de parque y otra de construcciones.

La zona de parque fue cedida al INURBE y la de construcciones se vendió en 1995 al consorcio Chambacú de Indias S.A., del que eran socios Héctor García Romero y su esposa Martha Abondano de García, Luis Alberto Moreno (ex ministro y exembajador en Estados Unidos), Fernando Araujo Perdomo, Alberto Araujo Merlano, entre otros.

En 1999 la Fiscalía inició indagaciones penales, contra el entonces Ministro de Desarrollo Fernando Araujo, contra la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique (CARDIQUE) encargada de otorgar licencias para la construcción, y contra algunos ex-funcionarios del INURBE (Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana), por considerar que existían fallas en el avalúo de los terrenos. La apertura de la licitación y el avalúo del lote, estuvo en manos de personas que después resultaron siendo los compradores de Chambacú.

Fernando Araujo fue secuestrado por las FARC el 4 de diciembre del año 2000 y durante su secuestro, los cargos por los que tenía que responder precluyeron.

3. TEORÍAS, CAUSAS Y EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

El presente capítulo contiene una serie de teorías que pretenden dar una aproximación al fenómeno de la corrupción, de la misma forma se establecen las causas y los efectos que las mismas tienen en los diferentes aspectos del ser humano.

3.1 TEORIAS QUE EXPLICAN EL FENOMENO DE LA CORRUPCIÓN.

A continuación se presentaran seis teorías que explican el fenómeno de la corrupción; cada una de ellas con su enfoque específico dará una visión general y de conjunto acerca de dicho fenómeno.

3.1.1 Moralista. Esta teoría es presentada, analizada y comentada por Marina Luz Zuluaga, y otros, afirmando que:

“Para esta corriente la corrupción aparece cuando las sociedades, en lo público y privado, se desvían de los valores sobre las que se cimientan. Se le reprocha a esta concepción, considerar a las sociedades estáticas, fundadas en un sistema ordenado de valores, normas, leyes y creencias, que impide reconocer que en una misma sociedad conviven sistemas axiológicos diversos, que los principios morales varían de una creencia a otra y se puede convivir en el mismo entramado social”⁹⁶.

Se debe tener en cuenta que los valores, los principios, normas y leyes son indispensables dentro de una sociedad. Es cierto que cada cultura tiene estos factores propios, pero, hay una ética de mínimos que no se podrían negociar, porque llevaría a un relativismo y subjetivismo dentro de las sociedades. Sin embargo, tampoco se trata de mantener estática una sociedad que por los avances científicos, tecnológicos y el mismo cambio histórico exige actualización y dinamismo en sus valores, creencias, leyes y

⁹⁶ ZULUAGA GÓMEZ, Marina Luz y OTROS. Corrupción en los Nuevos Departamentos fronterizos 1992 – 2000. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. pág. 23

normas que respondan a las necesidades actuales.

También es necesario acotar que si no se refuerzan los valores en el individuo y no se inculcan en el niño, es muy difícil erradicar la corrupción por cuanto es un comportamiento intrínseco del ser humano. Es así como entran los principios morales a jugar un papel preponderante en el establecimiento de las naciones, es decir, cada una de las sociedades deberá constituir un cuadro de valores y reglas de acuerdo con unos parámetros generales de conducta, que las caracterice y guíe el comportamiento de sus habitantes.

3.1.2 Ética. Esta teoría lleva consigo comportamientos establecidos por un consenso social, por ende, son aceptados por la sociedad, cuyo propósito es lograr el equilibrio entre los involucrados: los funcionarios, los políticos, los beneficiarios o afectados por las políticas y la opinión pública, tal como está planteado por Marina Luz Zuluaga y otros, en la *Corrupción en los nuevos departamentos fronterizos*.

A este propósito, es indispensable conocer los principios sobre los que se enmarca una conducta ética:

“Beneficiar lo público sobre lo privado; no utilizar información privilegiada, basar el comportamiento en la honestidad, responsabilidad e integridad; no obtener beneficios privados del cargo; promover la igualdad”⁹⁷

Justo es decir, que estos cuatro pilares son desvirtuados por problemas que se hacen visibles cuando acontecen tres dilemas a saber:

“De apropiación: cuando existe un conflicto entre la salvaguarda que se les brinda a los intereses de la organización pública en la que se trabaja y los intereses y

⁹⁷Ibid, pág. 23.

expectativas del involucrado. El de múltiples manos: cuando los funcionarios para evadir responsabilidades y cumplimiento de los deberes del cargo se esconden en la maraña organizacional. El de las manos sucias: cuando los funcionarios se sienten estimulados a balancear sus intereses particulares contra los intereses de la organización”⁹⁸

De los dilemas anteriores, las autoras infieren que el de las múltiples manos es la manifestación prioritaria de la corrupción. Esto va generando una situación impersonal, donde los principios éticos son vulnerados, y el comportamiento no está cimentado en la honestidad, responsabilidad e integridad.

El entorno del hombre está compuesto por varios tipos de normas que gobiernan su actuar, unas de ellas con un carácter moral que afectan directamente la vida de las personas desde el mismo momento en que se nace, ya sea de manera impuesta o no, pero siempre con el fin de orientar la conducta humana.

3.1.3 Legalista. Esta teoría es comprendida como:

“la violación a los códigos y leyes que rigen el funcionamiento de una estructura o sociedad, con el fin de obtener beneficios particulares. Se le atribuye tolerancia frente a determinadas conductas reprobables por los efectos negativos que ocasionan en la sociedad”⁹⁹

Cabe señalar, que el origen se encuentra en la obtención de beneficios particulares; llevando al funcionario a violar los códigos, leyes y normas. También las autoras comentan como génesis del problema la excesiva

⁹⁸ Ibid. p. 23

⁹⁹ Ibid. p. 24

tramitología y lentitud en la oferta y demanda del servidor en las instituciones públicas.

Es posible asemejar este planteamiento con la positivización de las normas de carácter moral, donde el operador jurídico se apropia de los códigos y los aplica íntegramente, muchas veces a favor de sus propios intereses, de donde se colige que no siempre la existencia de unos parámetros normativos que regulen las actuaciones de los hombres, serán suficientes para propender por su bienestar, sino que, mas allá de tener una norma jurídica se deben tener los medios adecuados para hacerla efectiva en beneficio de la comunidad en general.

3.1.4 Sociológica. Respecto a esta teoría Marina Zuluaga y otras comentan que la corrupción hace parte de diversos códigos de interpretación: el oficial y el práctico. Donde el primero es el conjunto de normas jurídicas declaradas y el segundo, las conductas que se practican en la realidad.

A este propósito, aclaran ciertas conductas son consideradas por los ciudadanos como corruptas, dependiendo de la influencia y manipulación que los medios de comunicación le hacen a ciertos personajes, y del escándalo que se genere.

3.1.5 Funcional. Parte de la consideración homogénea y lineal del desarrollo, afirmando que las “bondades” (humanizar el poder, disminuir las diferencias económicas y ampliar la participación en los asuntos públicos), son propias de las sociedades en transición.

Esta es una visión pragmática del desarrollo de la sociedad puesto que, cada comunidad de acuerdo con sus características históricas, sociales, culturales y económicas vive unas oportunidades o épocas de progreso e involución.

3.1.6 Estructural. Finalmente, en esta visión la corrupción es considerada como parte del sistema:

“se considera como una perversión del mismo, que permite que los intereses particulares primen sobre el interés general a la hora de tomar decisiones. Podría pensarse que esta tendencia es pesimista en cuanto al combate de la corrupción, y, por el contrario, pronostica su permanente presencia”¹⁰⁰.

De lo anterior se infiere una lectura de la realidad, que a nuestro modo de ver no es pesimista, si no un tanto objetiva. No se trata de avalar una realidad, sino de ver, juzgar y actuar como un método válido que permita encontrar alternativas para combatir este flagelo, tan nocivo para la sociedad como lo es el narcotráfico, el terrorismo, el hambre, la injusticia, entre otros.

3.2 CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

Establecer de forma precisa las causas de la corrupción resulta ser una tarea muy compleja, ya que al adentrarse en este fenómeno es imprescindible abordar el origen y evolución de la naturaleza humana, pues es el hombre el gran gestor de esa serie de sucesos políticos, sociales, económicos y culturales que han marcado la historia de las naciones, la historia de la humanidad.

Por tanto, para explicar las razones generadoras de la corrupción, es necesario hacer un análisis ontológico de la evolución humana. En principio, puede establecerse que los seres humanos son criaturas puestas sobre la tierra con suficientes capacidades para obrar y con todos los elementos constitutivos para su supervivencia, tierra, aire, luz, agua, animales, capacidad de disertar, de crear, entre otros, es decir, el hombre es un ser dotado con todo lo necesario para subsistir en la tierra. Sin embargo, los seres humanos por si solos no cuentan con

¹⁰⁰ Ibid., p.25

las suficientes herramientas para su perfeccionamiento, por eso se ven en la necesidad de agruparse en pro de su propio desarrollo, y en la medida en que se establezcan en sociedades organizadas y prosperas, aumentan sus deseos de una mejor posición (estatus), buscando ascender dentro del orden establecido, de ahí, que en las diferentes comunidades surjan lideres que orientan el avance de sus regiones y prevalezcan sobre los inferiores más débiles; allí es donde comienzan a generarse los actos anómalos a los intereses de la sociedad. El ser humano no se ha conformado con la provisión necesaria para su subsistencia, sino que se ha empeñado en incrementar su fortuna con el transcurso de los años. Para tal fin, ha instrumentalizado instituciones, corrientes políticas, filosóficas y religiosas que han guiado hasta la actualidad el desarrollo de la humanidad; abandonando el sentido de comunidad, la solidaridad, los valores colectivos, y los propósitos comunes.

Podemos afirmar, que la corrupción es, el resultado de una sucesión histórica de acontecimientos, corrientes e instituciones, que han señalado el curso de las prácticas culturales establecidas en los diferentes países; es decir, el hombre desde su nacimiento no está condicionado a realizar prácticas ilícitas, sino que, los mismos escenarios en los que se sitúa determinan su proceder dentro de la sociedad y esto es de vital importancia en el campo del Derecho.

"El hombre en su estado natural nace puro pero la sociedad se encarga de corromperlo". Juan Jacobo Rousseau.

Y sobre todo en esta sociedad el hombre generalmente es corrupto dado que como vivimos en un mundo capitalista en donde el dinero es el poder supremo es por estos que los hombres y mujeres son arrastrados por este flagelo.

3.2.1 Sicológicas¹⁰¹. Esta corriente plantea que, las leyes y el lenguaje son una condición esencial para que las diferentes estructuras creadas por

¹⁰¹ www.interamericanusa.com. ESTRATEGIAS CONTRA LA CORRUPCION, Nota de U.S. Inter.-Affairs: La publicación de este trabajo de investigación, es un servicio público de prevención y educación sobre la violación de la Ley, es una ponencia de diferentes autores, cuyos nombres aparecen al concluir la lectura.

el ser humano puedan darse; de las mismas se ha generado el ascenso de algunos valores y la pérdida de otros, lo que ha propiciado un cambio radical en la estructura conductual de nuestros conciudadanos y un decaimiento moral de todos los estamentos de la sociedad, en donde lo más importante es la satisfacción de los apetitos individuales por encima de las necesidades colectivas. De esta tesis es viable extractar la siguiente en conclusión:

- a) Que debemos buscar una transformación del siquismo colectivo.
- b) Que dicha transformación debe comenzar en el seno de la familia.
- c) Que tiene que ver con una transformación del lenguaje que fundamente un cambio de valores en el que la corrupción no tenga cabida ni en el siquismo colectivo, ni en el seno de la familia, ni en el lenguaje de nuestra sociedad.

3.2.1.1 La Deslegitimación del Estado. En esta postura se encuentran los defensores de los beneficios del Estado, quienes atribuyen la corrupción al debilitamiento de la ética pública “la deslegitimación del Estado para encarar el interés público general y la incapacidad de defensa ante intereses privados egoístas llevados al extremo”.¹⁰²

3.2.1.2 La crisis de valores éticos y conciencia de ciudadanía: Sanción Social Sobre los Corruptos:¹⁰³ En la sociedad colombiana es común que el dinero genere aprecio social sin importar los reparos en la forma como se obtiene este dinero. Así mismo se vive un ambiente general en el cual el tráfico de influencias y el uso de recursos públicos para fines privados es

¹⁰² ZULUAGA GOMEZ, op Cit, pág. 27

¹⁰³ CEPEDA ULLOA, Fernando. Revista Semana, agosto 23 – 30 de 1994. Edición 642. Pág. 94.

considerado una prerrogativa normal asociada al logro de altas posiciones de mando en el sector público.

Cabe resaltar la importancia del papel ambiguo de los medios de comunicación ya que por una parte contribuyen a la creación de conciencia social lo que ayuda a mitigar el problema; pero otra parte el afán de noticias vistosas y amarillistas llevan a la no comprensión de la forma de operación de entidades públicas hasta el caso en que este tipo de información es dependiente de los organismos fiscalizadores del gobierno lo que genera una posible ocultación al público de las formas de defensa y control que pueden ejercer.

Así mismo el autor nos expone en otro texto sobre la opinión pública y la cultura política hacia la corrupción demostrando: la relevancia que la sociedad, la prensa y la ética conceden a la corrupción determina en cierto grado su desarrollo. Si estos grupos ignoran la corrupción como problema el fenómeno se torna en otra forma de intercambio social, y muchas veces resulta difícil determinar sus efectos y consecuencias. En Francia, por ejemplo, algunos tipos de lo que en otros países se considera corrupción, como la acumulación de empleos públicos, (ser alcalde y representante a la vez), son mantenidos por los procedimientos, principios y normas que rigen el sistema político. Estos principios y normas se encuentran integrados al sistema político y están plenamente legitimados por la sociedad y por la elite. Este tipo de corrupción en Francia, afirma el tratadista Méni, no es marginal al sistema, sino que se encuentra en total simbiosis con este.¹⁰⁴ En Inglaterra por el contrario la cultura política está fundada en la confianza y el honor, y los ingleses suelen ser muy severos a la

¹⁰⁴ MÉNI, Y., 1992.

hora de juzgar la conducta de los empleados públicos, pues se considera que el cargo es de confianza.¹⁰⁵

Los medios de comunicación cumplen un papel importante en la formación de la opinión pública. Por eso la manera en que estos informan sobre los escándalos de corrupción, y el tipo de escándalo que eligen, bien pueden contribuir al control de la corrupción o por el contrario su propagación y continuidad.¹⁰⁶

3.2.1.3 Desprecio de la honestidad: En una encuesta citada por el ex ministro de gobierno Jorge Mario Eastman el colombiano en un 70% se califica como poco o nada honesto; en un 74% como poco o nada respetuoso de la ley y en un 62% como poco o nada sincero. Es, en realidad, un síndrome de precario respeto por lo que tiene que ver con ser un buen ciudadano. Ello contrasta con el 87% que viven con mucha o con bastante alegría. (Eastman y Zambrano, 1997:4). Éste es un síndrome que debe ser tomado en consideración en cualquier campaña anticorrupción. ¹⁰⁷

Para determinar este aspecto hay que tener en cuenta varios factores: En la sociedad colombiana existen injusticias a todo nivel y desafortunadamente el ser humano habido de satisfacer sus necesidades primarias, abandona su honestidad a cambio de satisfacer su propio yo, es el diagnóstico de una sociedad enferma en donde los valores éticos y morales quedaron atrás para satisfacer necesidades de consumismo típico de las economías capitalistas en donde no se mira a quien se atropella sino que hace valer su situación por encima de la de los demás.

3.2.2 Sociológicas¹⁰⁸. Sociológicamente hablando, la corrupción se considera una enfermedad producida por una alteración patológica de los valores colectivos, como consecuencia de la incapacidad de la sociedad de brindar al individuo seguridad económica, educación

¹⁰⁵ JOHNSTON, M., "Corruption and Political Culture in Britain and the United States" en *Innovation*, No. 4, Vol. 2, Vienna, 1989.

¹⁰⁶ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia. Pág. 36.

¹⁰⁷ CEPEDA ULLOA, Fernando. Corrupción y Gobernabilidad. Op Cit. Pág. 6 y 7.

¹⁰⁸ JOHNSTON M. Op Cit.

adecuada, sistemas de salud competentes y oportunidades justas de desarrollo personal.

Durante milenios y sin excepción, todos los sistemas sociales y todas las filosofías políticas aplicadas al intento de constituir una sociedad justa, se han demostrado en la práctica totalmente incapaz de brindar ese mínimo de seguridad que tanto proclamamos en los Derechos del Hombre. Ni el esclavismo, ni el feudalismo, ni la monarquía nacional, ni la democracia representativa, ni la social democracia, ni el socialismo, han acabado con la pobreza, el nepotismo, el analfabetismo, el elitismo en los sistemas de salud, la corrupción de la clase dirigente, el contrabando, la prostitución, el alcoholismo, el robo, la violación y los demás problemas sociales que afectan a la sociedad desde que tenemos conocimiento histórico de ella.

La corrupción no es un fenómeno endémico de los países subdesarrollados, o de países totalitarios tales como la antigua Unión Soviética o de Rumania. Prueba de ello esta en los casos de países como Italia, Francia o España. Tampoco como afirman otros, la corrupción es un problema originado en el sistema capitalista y en su afán de obtención de ganancia. En el caso de Colombia, por ejemplo, el debilitamiento del poder, producto de la poca credibilidad en las instituciones, hizo surgir la Constitución de 1991, en la esperanza de que, una modernización de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, iba a permitir un resurgimiento de la imagen de autoridad y otorgaría la oportunidad de renovar la clase dirigente, ya que los detentadores tradicionales del poder habían demostrado su ineptitud y su promiscuidad con la corrupción.

Entre estas causas se pueden destacar:

- 3.2.2.1** La Ineficiencia: Reduce la Calidad del Servicio. Este fenómeno estimula el ofrecimiento de dineros por los particulares a cambio de la obtención del servicio y el lucro del funcionario público, además

se suma el pobre funcionamiento de los sistemas de planeación y control ya que dificulta la identificación de las acciones corruptas, establecer responsabilidades y aplicar los castigos necesarios, por tanto la causa de la ineficiencia se ve representada en un estado que asume responsabilidades de un gran número de bienes y servicios al punto que no es capaz de corresponder a la sociedad en la forma adecuada.¹⁰⁹

3.2.2.2 Inestabilidad: La falta de estabilidad laboral de funcionarios y políticas de las instituciones así como el constante relevo de funciones trunca la posibilidad de ascenso y causa que al funcionario no le interese la calidad de su gestión porque esta no sale a la luz pública y hay muy pocos incentivos para el desarrollo profesional.

En el mismo sentido se evidencia la primacía del criterio político en la selección del personal y asignación de ascensos, lo que genera un interés aún menor del profesional para trabajar con el estado ya que los mejores profesionales prefieren empleos donde se tenga en cuenta principalmente el desarrollo profesional del trabajador; de esta forma se ve claramente afectada la baja calidad del personal.

Otro punto importante para analizar son los bajos salarios que generan de igual forma que los profesionales más preparados prefieran el sector privado y quienes son servidores públicos mantengan un estado general de ánimo de apatía y falta de iniciativa.¹¹⁰

3.2.2.3 La situación de violencia: Las diversas manifestaciones de la violencia en Colombia, pero principalmente la altísima tasa de homicidios, la altísima tasa de secuestros, la existencia de sicarios y la presencia de formas de crimen organizado en instituciones

¹⁰⁹ CEPEDA ULLOA, Fernando. Revista Semana, agosto 23 – 30 de 1994. Edición 642. Pág. 91

¹¹⁰ CEPEDA ULLOA, Fernando, op Cit. Pág. 91

como la Policía Nacional, las Fuerzas Militares, el Instituto de Seguros Sociales, las aduanas, etc. Dificultan, particularmente, la aplicación de estrategias anticorrupción que están concebidas en términos de individuos corruptos y no de asociaciones para delinquir. Éste es un factor que no ha sido suficientemente analizado y, por tanto, no se ha tomado en consideración para las estrategias anticorrupción. De poco sirve identificar un individuo corrupto en una organización. El ciudadano supone que ese individuo forma parte de una cadena y ante el temor que esa situación genera y ante los riesgos que la denuncia o la confrontación podrían tener, el ciudadano opta por la “ley del silencio” y por una cultura que aconseja “no meterse”, para no sufrir mayores males y no resultar “empapelado” y, eventualmente, ser víctima de represalias que pueden llegar a amenazar la seguridad de la familia o la personal”¹¹¹

3.2.2.4 Factores Sociales que llevan a mayores niveles de corrupción.

Podemos encontrar estos factores en el seminario internacional de “Gestión Pública y Lucha Contra la Corrupción” donde se explica: Los niveles de la corrupción en equilibrio variarán entre países e instituciones dependiendo de su situación específica. Se puede tener la hipótesis de que los niveles de corrupción serán menores cuando:¹¹²

- Los ciudadanos estén de acuerdo sobre el valor de la democracia y del buen gobierno.
- El papel del gobierno está limitado a áreas claramente definidas, especialmente en aquellas donde el gobierno tiene una ventaja comparativa.
- No existen emergencias como guerras, desorden público, crisis financieras o desastres naturales, las cuales pueden requerir

¹¹¹ CEPEDA ULLOA, Fernando. Corrupción y Gobernabilidad. El Contexto de la Corrupción. 3R Editores. 2000. Bogotá – Colombia. Pág. 6.

¹¹² Memorias Banco Interamericano de Desarrollo y Contraloría General de la Republica, Seminario Internacional: “Gestión Pública y Lucha contra la Corrupción”, Bogotá D.C., 2009. Pág. 29

acciones rápidas y dramáticas, donde las protecciones que tienen la democracia y el servicio civil pueden ser difíciles de proveer o no se quieran llevar a cabo.

- Los funcionarios públicos están bien pagados y son bien calificados. El sector privado es amplio y competitivo, con reglas del juego claras y abiertas a la competencia extranjera.
- Los niveles de corrupción tenderán a ser mayores en países e instituciones que no tienen estas condiciones.
- Puede esperarse, por lo tanto, que los niveles de “corrupción normal” varíen de acuerdo con (a) estas condiciones sociales y (b) la calidad del aparato anticorrupción, incluyendo el liderazgo político.

3.2.3 Económicas. Un proceso creciente de corrupción se explica por una tendencia hacia la consecución del dinero fácil y rápido, y el colapso de los principios morales que durante muchos años sostuvieron a la sociedad. Los diferentes modelos económicos incentivan el consumismo ilimitado.

El sistema económico imperante en nuestros países, busca como objetivo fundamental, la obtención rápida de ganancias, a través de la competencia, de la cual surge la inequidad y la pobreza. No todos los agentes económicos tienen la opción de acceder en igualdad de condiciones a los bienes producidos por la sociedad. Los menos favorecidos, utilizan como mecanismo de defensa las mismas prácticas de los poderosos, obviamente con fines distintos. Sea cual fuere la definición, la corrupción atenta contra el bien común, bien sea privando a buena parte de la comunidad de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades y desarrollo, o elevando los costos de los mismos para que el inversionista privado pueda recuperar lo invertido en el acto corrupto.

- 3.2.3.1** Monopolios del Estado: Los monopolios del estado suelen funcionar durante largos periodos de tiempo con bajos grados de eficiencia y eficacia además de elevados índices de corrupción sin que el público pueda abstenerse de comprar sus servicios. En pocas palabras estos monopolios estatales suelen generar corrupción ya que no hay castigo legal y no es posible un castigo por la población civil ya que de una u otra forma debe consumir sus productos y servicios.¹¹³
- 3.2.3.2** Escuela Neoliberal. Por esta línea se encuentran los defensores del mercado, quienes afirman que la corrupción “se debe al intervencionismo estatal, que da lugar a la presencia de mercados negros o paralelos como consecuencia de las reglamentaciones”, tal como lo plantea Willis Herrera Eduardo.¹¹⁴
- 3.2.3.3** Restricciones al Comercio: Las restricciones cuantitativas a las que están sometidas las importaciones de algunos productos, generan un alto costo para las licencias de importación; y muchas empresas están dispuestas al soborno para adquirirlas.¹¹⁵
- 3.2.3.4** Control de Precios: Es factible que la aplicación de medidas de control de precios, conducen a la aparición de mercados paralelos ideales para prácticas de corrupción.¹¹⁶
- 3.2.3.5** Salarios Bajos: Para funcionarios del sector público en relación con los salarios del sector privado, produce condiciones propicias para que los primeros se busquen la manera delictiva de obtener mejores ingresos.¹¹⁷

¹¹³ CEPEDA ULLOA, Fernando, op Cit. Pág. 92

¹¹⁴ ZULUAGA GOMEZ, op Cit, pág. 26

¹¹⁵ ESCOBAR GALLO, Heriberto. Revista Universidad de Medellín 70. Los Costos Económicos de la Corrupción en Colombia. Editorial Marín Vieco. 2000. Medellín. Colombia. Pág. 106

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

- 3.2.3.6** Subsidios del Estado: Se ha vuelto prácticamente una ley en economía, donde a mayor número de subsidios disponibles mayores índices de corrupción se presentan.¹¹⁸
- 3.2.3.7** Practicas de Tipo de Cambio Múltiples: Existen países que mantienen diferentes tipos de cambio (para turistas, inversionistas extranjeros, importadores de determinados productos), situación que facilita la obtención de rentas ilegales.¹¹⁹
- 3.2.3.8** Ausencia de una autentica competencia de mercado libre: Para Rose-Ackerman¹²⁰ muchas de las deficiencias del mercado que justifican el intervencionismo estatal, son así mismo las condiciones que generan corrupción en ausencia de intervención alguna. La falta de un autentico mercado de libre competencia puede ocurrir tanto en los regímenes capitalistas como en los antiguos regímenes comunistas. Si la economía fuera plenamente competitiva en los países capitalistas, la corrupción no podría existir. Pero en la vida real muchas de las reglas son violadas y la corrupción es evidentemente una realidad. Además los sobornos comerciales rara vez son perseguidos. Muchas transacciones que se realizan en el sector privado, similares a la corrupción política ilegal, no son ilegales, y aquellas que son ilegales no son consideradas como ofensas criminales. Es claro que en el sector privado los objetivos de los administradores difieren con frecuencia de los de la compañía (verbo y gracia, enriquecerse ellos mismos) si bien la corrupción en este caso no es sancionada, es evidente que es causada por las distorsiones del mercado. Otras causas de la corrupción que apenas mencionare, son la inequidad económica, los cambios de valores traídos por cualquier proceso de industrialización, la falta de oposición política, la inexistencia de

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ ROSE-ACKERMAN, S. "Corruption and the Private Sector" en Heidenheimer, A.J. *et al.* (eds.), 1989, págs. 681-684.

opciones para la democracia y la financiación de las campañas políticas.¹²¹

3.2.4 Jurídicas. La administración pública, sin duda alguna ostenta unas fortalezas y unas debilidades. Las primeras se traducen precisamente en el marco normativo, guía de la conducta que ha de asumir el servidor público; por consiguiente, la legitimidad y credibilidad del *Estado Social y Democrático de Derecho* es consecuencial al cumplimiento y materialización del ordenamiento supremo.

El marco normativo sobre el cual ha de desarrollarse la actividad de los servidores públicos se encuentra ínsito en nuestro actual código político. En efecto, el artículo primero de nuestra Constitución Política, consagra como principio fundamental del estado Colombiano *la prevalencia del interés general*; razón por la cual, cuando el servidor público se aparta de dicho principio, el estado no solamente puede, sino que debe cuestionar su responsabilidad, la cual adquiere diversas connotaciones derivadas del estatuto que infrinja por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Recordemos que la responsabilidad del servidor público resulta compleja. Puede ser política, civil o patrimonial, fiscal, penal o disciplinaria, generándose esta última en la falta disciplinaria, la que traduce incumplimiento de los deberes, abuso o extralimitación de los derechos y funciones e incursión en causales derivadas de los catálogos sobre sus prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, postulados que en todo momento deben observar los servidores públicos.¹²²

A partir de la Reforma Constitucional de 1991 se ha emprendido la lucha contra la corrupción en Colombia, esta reforma se preocupó por

¹²¹ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia. Pág. 36 y 37.

¹²² RORY FORERO, Jose. Revista Nueva Época, Alternativas Constitucionales para Enfrentar la Corrupción Administrativas. Editorial Kimpres LTDA. Bogotá D.C. Colombia. 2002. Págs. 124 y 125.

ofrecer más legitimidad y credibilidad en las instituciones del Gobierno y por garantizar nuevos espacios de participación ciudadana.

La Constitución Política de 1991 determina que la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales, se debe desarrollar con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Otro aspecto constitucional relevante radicó en el cambio de régimen hacia una descentralización *precipitada* del sector central al territorial, que produjo un masivo traslado de recursos, decisión que no se acompañó de controles, de formas de veeduría que hubieran evitado la apropiación de lo que se consideró como un botín.

El Constituyente de 1991, consciente de la gravedad del problema dedicó varios artículos a tratar el mismo:

- Art. 6º. Responsabilidad de los particulares y los servidores públicos; Art. 90 Responsabilidad del Estado y los Funcionarios;
- Art. 122 y siguientes de la Función Pública;
- Art. 209. Principios, objeto y control de la Función Administrativa;
- Art. 270 Organización de sistemas de participación ciudadana para la vigilancia de la gestión pública.¹²³

3.2.4.1 La mala remuneración de los servicios públicos: En cuanto a la carrera administrativa se puede ver fácilmente que no existe un sistema que premie la gestión eficiente y de la misma no se ve el castigo a la gestión ineficiente.

Así mismo la promoción y sanción de los funcionarios no se basa en los meritos de cada persona lo que genera una estabilidad laboral para el personal ineficiente o corrupto y una escasa motivación para los buenos profesionales.

¹²³http://www.segobdis.gov.co/documentos/gestion_humana/convocatoria/estatuto%20anticorrupcion.ppt
Diapositivas 28 y 29.

También es importante resaltar que no existe un sistema efectivo de control de resultados y tampoco hay parámetros para medir la efectividad de del desempeño.¹²⁴

3.2.4.2 La ineficiencia de la justicia y baja de penas a los corruptos: Los mecanismos de control de baja calidad se evidencian tanto al control administrativo como castigo penal.

Es muy importante este factor ya que la corrupción aumenta cuanto menor es la probabilidad de ser descubierto y la fuerza del castigo aplicable.

También es importante el hecho de que no hay claridad sobre los objetivos de la entidad o funcionarios por lo tanto no hay un punto de referencia para evaluar resultados y no se pueden cumplir los procedimientos de control que ya son pocos.

Es de tener en cuenta que la responsabilidad de los funcionarios según la ley es:

- Civil
 - Disciplinaria
 - Penal
 - Política
- } No llegan a verificarse en la práctica.

La responsabilidad civil se refiere al patrimonio del funcionario público pero en la práctica siempre se acciona contra la entidad y no contra el funcionario.

Las responsabilidades disciplinaria y penal no llegan a ser efectivas ya que se deben comprobar plenamente los hechos que sirvan de causa para la misma.

Por último la responsabilidad política solo se establece para altos funcionarios.¹²⁵

¹²⁴ CEPEDA ULLOA, Fernando, op Cit. Pág. 92

¹²⁵ CEPEDA ULLOA, Fernando, op Cit. Pág. 93

En otro texto el mismo doctrinante expone la ineficiencia desde otro punto de vista así:

Quizás una de las justificaciones más conocidas sobre la corrupción es aquella que afirma que esta sirve para corregir las ineficiencias del sistema. Por tanto podría ser funcional. La bibliografía principal se divide entre los que opinan que la corrupción puede ser benigna y los que opinan que no. Los que la ven como benigna la llaman funcional y sostienen que sin ella el sistema político o la economía no pueden funcionar. Tal funcionalidad es evidente en algunos sistemas, como lo sugiere el tratadista Yves Méni al hablar de Francia:

“El sistema francés está fundado en la desconfianza y funciona en virtud en la corrupción de las reglas, es decir, de su violación y desviación. Tal modo de operar, dadas las rigideces del sistema, devienen de una necesidad funcional absoluta”¹²⁶

Dicha funcionalidad, sostiene Méni, hace que ciertas prácticas corruptas tiendan a legitimarse. También está la vieja máxima española durante la época de la colonia de que “se obedece pero no se cumple”. Sin embargo, la funcionalidad como justificación de la corrupción tiene que observarse a la luz de los valores de cada sistema y, quizás más importante, mediante un análisis de sus efectos en la sociedad en general.¹²⁷

La corrupción solamente es funcional si la mayoría de la gente obedece las normas existentes, es decir que para que la situación sea sostenible tiene que ser moderada. Y ahí está el dilema: ¿Cómo puede un Estado mantener un nivel de corrupción moderado? Si un estado tolera la corrupción, el fenómeno ciertamente tendera a generalizarse, y por definición la misma dejara de ser funcional.¹²⁸

¹²⁶ MÉNI, Y. 1990. Pág. 18.

¹²⁷ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia. Pág. 32.

¹²⁸ ELSTER, J. *The Cement of Society: A Study of Social Order*, Cambridge University Press, 1989.

3.2.4.3 La alta discrecionalidad en las decisiones de los funcionarios públicos: Los mecanismos de control y la discrecionalidad del funcionario están estrechamente ligados ya que de acuerdo a la efectividad del primero se puede evidenciar un aumento en los casos de corrupción por medio del segundo.

De igual forma por medio de la conocida tramito-manía los funcionarios le dan mayor prioridad al cumplimiento de los requisitos ordenados por ley que al cumplimiento de su función, es decir, primero están aquellos múltiples requisitos que diluyen la responsabilidad y finalmente terminan siendo acciones sin consecuencias.¹²⁹

3.2.4.4 Ley y administración de justicia: El sistema legal y la administración de justicia pueden contribuir a la corrupción de diversas maneras. En los países con tradición de derecho civil, donde la rigidez y formalismo del sistema son característicos, la corrupción es con frecuencia la única vía posible a través del sistema. Muchos son los procedimientos necesarios y demasiado el tiempo que se demanda para obtener algún resultado. Estas condiciones generan a veces situaciones absurdas en las cuales solo hay dos caminos posibles: cambiar el sistema o “negociar con él”. La última no es mala a priori, pero lleva en muchos casos a la corrupción. La primera genera inestabilidad, al tiempo que la reforma continua de las leyes muchas veces es síntoma de que se legisla para grupos con intereses específicos y no para el interés general. Colombia con su “reformitis” constante, es un claro ejemplo de cómo la ley y la administración de justicia pueden ser causa de corrupción.¹³⁰

La desigualdad y la falta de imparcialidad en la administración de justicia pueden también promover la corrupción. Sucede por ejemplo cuando funcionarios públicos con cargos de mayor

¹²⁹ CEPEDA ULLOA, Fernando, op Cit. Pág. 93

¹³⁰ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia, op Cit. 33 y 34.

jerarquía tienen el poder de obviar un proceso penal en razón a su posición o cuando solamente un pequeño porcentaje de la población tiene acceso al sistema de justicia para resolver sus conflictos, en razón del alto costo. También sucede cuando el sistema no opera de la misma manera para todos los individuos de una sociedad. La carencia de autonomía del sistema de administración de justicia también contribuye a la corrupción, en la medida que jueces politizados o al servicio de grupos se pliegan a intereses específicos.¹³¹

3.2.4.5 El sistema democrático representativo restringido y el sistema de democracia participativa incipiente: La ciudadanía no cuenta con una forma efectiva para presionar por una solución efectiva debió a que los actos corruptos existen precisamente porque hay agentes privados dispuestos a involucrarse en ellos.

De la misma forma se evidencia un poco interés y apoyo del estado que hacen que los organismos creados para la lucha ciudadana se debiliten y tiendan a desaparecer.¹³²

3.2.4.6 Poder: Los funcionarios públicos ocupan una posición de poder frente a los grupos privados, y en algunos casos, dependiendo de su jerarquía, poseen una gran discrecionalidad. Estas características hacen a los empleados públicos vulnerables a la corrupción. Inclusive algunos van al extremo; sostienen que de no ser por estas “ventajas compensatorias” ningún individuo capaz aceptaría los deberes y responsabilidades del servicio público.¹³³

3.2.5 Políticas. De acuerdo a las conclusiones del doctrinante José Rory Forero, se puede establecer que la prevalencia del bien común, interés público, colectivo, interés general; constituye el principio más

¹³¹ Ibid.

¹³² CEPEDA ULLOA, Fernando, op Cit. Pág. 94

¹³³ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia, op Cit. Pág. 32. El autor se cuestiona ¿Por qué asumiría alguien los deberes y responsabilidades del servicio público sino adquiriese algún tipo de beneficio personal o recompensa?

importante del Estado Social y Democrático de Derecho; y la política, se erige como un instrumento fundamental para su materialización, dentro de la dinámica propia de la organización, protagonizada por los gobernantes y los gobernados, en quienes *los valores morales* deben constituir la guía permanente de sus actuaciones. Sobre el particular, resulta pertinente tomar el razonamiento de Francesco Cossiga, quien a propósito de la política y la *restauración de los valores morales* dentro de una sociedad, sostiene: “*el político sirve al bien común que es la forma de alta de bien temporal. Santo Tomás de Aquino decía que la política es la más alta de las actividades humana, porque si la moralidad de una acción se mide con relación al bien que persigue, no existe bien temporal mayor que el bien común. Pero es necesario restaurar los valores morales. No hay cosa más notable, necesaria y justa que la política. El hecho de que existan políticos ladrones es otro tema*”¹³⁴

De la misma forma queda claro que el gobernante juega un papel protagónico en la restauración de tales valores, por lo tanto debe mostrar resultados concretos de su gestión, ya que el compromiso y la responsabilidad resultan de una enorme trascendencia, esencialmente para los servidores públicos, pues en la medida en que logremos hacer efectivo el *control disciplinario* y el *control ciudadano sobre la gestión pública*, acorde con la estrategia constitucional planteada, estaremos construyendo las bases jurídicas de un Estado participativo, pluralista, en donde impere la democracia real; y de unas instituciones que se proyectan en el tercer milenio y *que se justificaran y tendrán razón de ser*, si propugnan por una *administración pública*, honesta, eficiente, garante de los derechos humanos y del interés público, donde la conducta de los funcionarios consulte siempre la idea de justicia social, como único camino para lograr la paz; enmarcada naturalmente dentro

¹³⁴ RORY FORERO, op Cit, pág. 135.

del principio supra legal del interés general, como presupuestos básicos para llegar a la Colombia que todos anhelamos.¹³⁵

3.2.5.1 La Influencia del Narcotráfico. El narcotráfico engloba una gran red de intereses turbios y fuertes con gran capacidad de corromper a las instituciones del estado, ya sea a la policía, fuerzas armadas, jueces, magistrados. Además de ser una actividad criminal con un gran impacto político, económico y social que no respeta fronteras ni legislaciones cuyo propósito es el de la prohibición y fiscalización de narcóticos.¹³⁶

“Han desarrollado un conjunto de grandes ya agresivos consorcios que dominan la estructura y el funcionamiento del narcotráfico en Sudamérica y Centroamérica, y se implican en todos sus aspectos: financiamiento, organización, funcionamiento de plantaciones, laboratorios, transporte, operaciones de contrabando, redes de distribución y de venta de mayorista y callejera en Estados Unidos, Canadá y Europa...”¹³⁷

Además, la producción y tráfico de drogas ha servido como una fuente de financiamiento de grupos subversivos armados y de terroristas en distintas partes del mundo. El caso más conocido de esto en el continente americano es el de las fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que ha logrado construir una alianza con los carteles colombianos. En las zonas del país bajo control de las FARC, la producción de drogas representa un ingreso importante para este grupo.¹³⁸

3.2.5.2 Clientelismo e impunidad: La burocracia clientelista, entendida ésta por la sistemática sustitución de empleados públicos elegidos

¹³⁵ RORY FORERO, op Cit, Pág. 136.

¹³⁶ http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/perez_s_jp/capitulo4.pdf

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

meritocráticamente por otros escogidos clientelísticamente, como un elemento que degenera los principios de las burocracias estructuradas, que permite una tolerancia que puede justificar la perpetuación de los funcionarios públicos (probablemente corruptos) en sus cargos y que contribuye a la creación de una burocracia desorganizada, que por obvias razones, propicia la corrupción. Así mismo, algunos factores socio-políticos como las prácticas clientelistas, monopolios partidistas, la falta de verdadera representatividad electoral y de legítima gobernabilidad entre otros, causados básicamente por la estrecha relación que existe entre las oportunidades políticas y económicas, se convierten en una importante fuente generadora de corrupción.

Una de las formas en que se materializa la corrupción desde este ámbito es a través del modelo *Principal-Agente-Cliente*. Este modelo se constituye como uno de los principales instrumentos para describir el fenómeno de la corrupción pública, ya que examina los caminos de motivación de los funcionarios del Estado para actuar de manera honesta o deshonesto mediante la eficiencia salarial. Explica la relación triangular que existe entre un principal (autoridad o institución del gobierno), un agente (funcionario o grupo de éstos contratados por el principal) y un cliente (particular que se relaciona con el Estado), en la cual:

- El principal actúa en pro del bienestar de la sociedad.
- El agente tiene la posibilidad de desviarse de sus funciones públicas, en la búsqueda de beneficios privados a través del cobro de sobornos.
- El agente tiene alguna propiedad efectiva ejercida discrecionalmente sobre el bien o servicio que el principal ofrece.

- Existe información imperfecta sobre los actos del agente en su relación con el cliente.¹³⁹

3.2.5.3 Coerción Estatal: Sobre esta causa de corrupción nos habla el doctrinante Fernando Cepeda Ulloa al describirla en el siguiente sentido:

“Se definen como corruptos los estados donde la garantía de sometimiento a las reglas se obtiene solamente a través de la fuerza o de incentivos materiales. Tal estado carece de libertad (entendida como autogobierno) y de seguridad. Tampoco goza de una autentica vida política en tanto no disfruta de un proceso político capaz de movilizar a las personas hacia una concepción homogénea del bien público”.¹⁴⁰

Esta teoría sostiene que una sociedad cuyo sistema de leyes y de reglas no es aceptado y seguido por la mayoría de los individuos (porque las normas no representan la tradición y las costumbres de la sociedad) debe recurrir principalmente a la coerción para hacer cumplir las leyes entre sus habitantes. Evidentemente, en las sociedades modernas el sistema normativo es más complejo y no refleja de manera exacta las costumbres y tradiciones (solidaridad mecánica de Durkheim), sino mas bien unos valores más abstractos y unos propósitos menos homogéneos (solidaridad orgánica de Durkheim). Sin lugar a dudas resulta más fácil cumplir unas normas con las cuales se esta de acuerdo, o por lo menos no en desacuerdo, que unas normas ajenas, trasplantadas a un país sin haber sido previamente adaptadas a la cultura local.¹⁴¹

¹³⁹ <http://www.avanza.org.co/archivos/676ff593dcb3454fd4de6c02316ed440/docestudiantes.pdf>

¹⁴⁰ Philip M., 1987, pág. 20.

¹⁴¹ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia, op Cit. Pág. 31.

3.2.5.4 Financiación Antidemocrática de campañas: El profesor Fernando Cepeda Ulloa nos expone esta causa:¹⁴²

“el dinero, por sí solo, no garantiza el éxito en la política electoral. Con todo, el impacto de los cambios tecnológicos en la vida política ha dado lugar a un incremento notorio en los costos de hacer campaña y de mantener la vida de los partidos. Es necesario reconocer que en nuestros días una base mínima de dinero es indispensable para jugar en la política.

Los escándalos de corrupción en los últimos tiempos en Europa, Asia y las Américas tienen que ver con la financiación de la política, tanto de las campañas y, en ocasiones, de la vida cotidiana de un político. El problema es que ha venido a quedar claro que no solamente se violan regulaciones en materia de contribuciones políticas sino que se ha materializado la idea de un “quid pro quo”, o sea de un negocio: yo te para que tú me des. Yo contribuyo y usted, político o funcionario, toma o deja de tomar decisiones según sean mis intereses. Es decir, el interés general desaparece y, en virtud de la financiación política antidemocrática, el interés privado prevalece. El interés político queda monetizado. El financiador pasa la cuenta de cobro.”¹⁴³

3.2.6 Combinación de factores.¹⁴⁴

La combinación de factores es una teoría que nos explica el profesor Fernando Cepeda Ulloa en su texto *Corrupción y Gobernabilidad* en el cual expone esta teoría en los siguientes párrafos:

¹⁴² CEPEDA ULLOA, Fernando. *Corrupción y Gobernabilidad. El Contexto de la Corrupción*. 3R Editores. 2000. Bogotá – Colombia. Pág. 4 y 5.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ CEPEDA ULLOA, Fernando. *Corrupción y Gobernabilidad. El Contexto de la Corrupción*. 3R Editores. 2000. Bogotá – Colombia. Pág. 7 y 8.

Los estudiosos del caso italiano consideran que el clientelismo crea una situación propicia a la corrupción y que este fenómeno constituye un caldo de cultivo excepcional para la acción de las mafias. Si a esto se añade la situación de impunidad, la de violencia y la de ineficiencia institucional, con ausencia de controles políticos o institucionales y un ambiente de apatía y cinismo por parte de los ciudadanos, habría que decir que el contexto colombiano es más que favorable para que a corrupción se extienda, prospere y consolide. Ello se ve reforzado por un sistema antidemocrático de financiación de campañas con controles bien precarios. Así se propician no solamente incidentes de corrupción sino una corrupción del propio sistema. La perversa combinación de estos factores y su efecto nefasto en materia de corrupción, unida a la aplicación a medias, por decir lo menos, de las estrategias anticorrupción explica el hecho, a primera vista sorprendente, de un país en el cual la corrupción prolifera y con ella, los escándalos al tiempo que durante varios lustros se han venido tomando medidas, inclusive heroicas, para erradicarla. La proliferación de la corrupción se concatena con un hecho asombroso: los últimos cuatro contralores generales de la República durante el último cuarto de siglo han sido sancionados por corrupción; es un caso típico en el cual, si la sal se desvirtúa... cuando los encargados de luchar contra la corrupción administrativa se convierten en los... ¡anti paradigmas...!

3.2.7 Otras causas según la doctrina.

Además podemos encontrar extensas numeraciones de estas causas conforme consultemos la doctrina nacional e internacional, hemos decidido incluir algunos apartes importantes:

3.2.7.1 Según Raúl Castro Stagnaro,¹⁴⁵ las causas de la corrupción se encuentran en:

- La acumulación excesiva de poder.

¹⁴⁵ <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/pan-corrupcion-democracia.pdf>

- El desequilibrio de los poderes del Estado.
- El gigantismo estatal.
- La centralización de las decisiones.
- La excesiva politización de las decisiones.
- La politización de los órganos de control.
- La decadencia del poder político.
- La no alternabilidad en los cargos públicos.

3.2.7.2 Para Eduardo Pizarro de Narváez,¹⁴⁶ las principales causas son: el abandono de los valores tradicionales, así como el clientelismo político y el nombramiento de funcionarios públicos por razones partidistas o personales, el exceso de trámites y la falta de sanciones ejemplarizantes.

De lo anterior es factible señalar que las diferentes causas de la corrupción, se pueden catalogar desde los siguientes elementos¹⁴⁷

- Endógenos. Hacen alusión al individuo en parte interna, se pueden enunciar las siguientes: Falta de valores, Carencia de conciencia social, Falta de educación, Desconocimiento legal, Baja autoestima, Paradigmas distorsionados y negativos (materialistas), etc.

Este elemento se manifiesta en la formación de la voluntad de la administración pública, por lo cual debe reconocerse que hay corrupción cuando el interés personal de quien toma las decisiones en el ámbito público sustituye la objetividad en el ejercicio del poder.¹⁴⁸

- Exógenos. Son aquellos que dependen de la sociedad, como: Impunidad en los actos de corrupción, Modelos sociales que transmiten antivalores, Excesivo poder discrecional del funcionario público,

¹⁴⁶ <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/pan-corrupcion-democracia.pdf>

¹⁴⁷ <http://www.buenastareas.com/temas/origen-de-la-corrupci%C3%B3n/>

¹⁴⁸ RIVERO ORTEGA, R: “Corrupción y Contratos Públicos..”, op cit, pag 33, en CASTRO CUENCA, Calos Guillermo. op Cit, pag 33.

Concentración de poderes y de decisión en ciertas actividades del gobierno, Soborno, Control económico o legal sobre los medios de comunicación que impiden se expongan a la luz pública los casos de corrupción, Salarios demasiado bajos, Falta de transparencia en la información concerniente a la utilización de los fondos públicos y de los procesos de decisión, Poca eficiencia de la administración pública, Extrema complejidad del sistema, etc.¹⁴⁹

En este elemento, se desarrolla en la fase externa de la contratación pública, e implica la materialización de la voluntad de la administración pública a través de las actuaciones administrativas, como la expedición de actos administrativos precontractuales irregulares o la celebración de contratos públicos corruptos. En esta fase debe destacarse que “no podemos considerar corrupción cualquier irregularidad en la contratación pública”,¹⁵⁰ pues “ni la arbitrariedad, ni la desviación de poder, ni la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos –mucho menos las anulabilidades o meras irregularidades formales- coinciden en todo caso con las prácticas de corrupción”.¹⁵¹

3.3 EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN.

Según Valladares, en su ensayo “*Antecedentes Históricos de la Corrupción*”, La corrupción es un problema mundial, y aunque los países desarrollados efectivamente no escapan a los efectos devastadores de esta plaga, la peor parte les corresponde a los países en desarrollo y las economías en transición, ya que estos son los que cuentan con menos recursos para atacar el problema y, menos aún, soportar la grave carga que este representa.

¹⁴⁹ <http://www.buenastareas.com/temas/origen-de-la-corrupci%C3%B3n/0>

¹⁵⁰ REZZOAGLI, B.: “Corrupción y Contratos Públicos” op cit, pag 33, en CASTRO CUENCA, Calos Guillermo. op Cit, pag 33.

¹⁵¹ RIVERO ORTEGA, R: “Corrupción y Contratos Públicos...” op cit, pag 33, en CASTRO CUENCA, Calos Guillermo. op Cit, pag 33.

Los ejemplos recientes de Bolivia, Brasil, Colombia, Perú y Venezuela representan los casos más evidentes y dramáticos de las consecuencias políticas de una corrupción generalizada a casi todas las esferas del Estado. En Brasil y Venezuela, los presidentes en ejercicio (Fernando Collor de Mello y Carlos Andrés Pérez) fueron suspendidos de sus funciones en 1993 e inculcados penalmente por supuestas prácticas de corrupción. En Perú, el presidente Fujimori decretó ese mismo año, en nombre de una depuración ética en el gobierno y en las instituciones fundamentales del Estado -en particular en el Poder Judicial-, el estado de excepción y la destitución de casi la mitad de los magistrados de la Corte Suprema y de más de un centenar de jueces, fiscales y letrados, acusados de corrupción. En Bolivia, el Presidente y el Subdecano de la Corte Suprema fueron sometidos, en 1994, a un juicio de responsabilidades por actos de corrupción y condenados. Por último, en Colombia, el presidente Samper y varios de sus ministros estaban siendo sometidos en marzo de 1996 a un proceso similar por haber recibido importantes donaciones de narcotraficantes para la campaña electoral que los llevó al poder.

La importancia del tema queda subrayada, además, si se consideran los casos más notorios publicados en la prensa nacional e internacional. Entre las personas, instituciones gubernamentales y organismos objeto de acusaciones serias y graves de corrupción desde principios de la presente década figuran, el presidente de la República (Brasil, Colombia, República Dominicana y Venezuela), ministros de gobierno y legisladores (Bolivia, Brasil, Colombia y Venezuela), altos mandos de las Fuerzas Armadas y de la Policía (Bolivia, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela), miembros de la Corte Suprema (Bolivia) y diversos organismos públicos y privados.

La corrupción puede ser considerada como el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social de un país; además, cabe resaltar el alto costo de la legalidad que deben asumir las naciones que combaten este fenómeno, lo cual implica la disposición de una serie de herramientas o

inversiones por parte del Estado en procura de contrarrestar dicho problema.

Finalmente, la preocupación frente al fenómeno se manifiesta por las campañas anticorrupción llevadas a cabo en los dos últimos años por los máximos dirigentes políticos de diversos países latinoamericanos (entre otros, Argentina, Bolivia, Colombia, Honduras, Guatemala, México y Paraguay).

El problema de la corrupción no se circunscribe a América Latina. Las prácticas de esta naturaleza han sido frecuentes, no sólo en la historia de la humanidad sino en casi todos los países, con independencia de su régimen político-económico. En la mayoría de las sociedades occidentales, la corrupción pública está considerada en la última década como un gravísimo problema socio-político que precisa de soluciones urgentes y eficaces.

Por tratarse de un problema complejo, para cuya mejor comprensión, alcance y solución deben considerarse numerosos aspectos.¹⁵²

En efecto, todas las naciones, sea a través del Poder Ejecutivo o Judicial, llevan a cabo periódicamente campañas contra la corrupción ayudados por las diferentes instituciones y actores del gobierno. Por lo cual, no es posible considerarse indiferente al problema, lo que se debe hacer es llamar la atención sobre un hecho fundamental: los Estados se preocupan por la corrupción e implementan políticas para resistirla, pero realmente nunca se ha combatido de forma efectiva.

3.3.1 Económicos.

La corrupción daña el crecimiento económico y lo hace de diversas maneras, tales como:¹⁵³

¹⁵²http://74.125.47.132/search?q=cache:l6o2L-QXDzkJ:library.jid.org/en/mono42/Valladares.doc+antecedentes+historicos+de+la+corrupcion&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co&lr=lang_es

- Una economía que tiene mayor corrupción tiene muchísimos más costos de transacción. Es decir, hacer negocios, crecer, implica una serie de costos que deforman las organizaciones, crean los incentivos incorrectos, impide que se desarrollen, que haya innovación.
- La corrupción genera una cultura no de creación de riqueza sino de retribución, de buscar la manera de hacer riqueza incorrectamente, de encontrar algún nicho, algún camino corrupto para conseguirlo, pues la regla que se tiene, lo motiva para hacerlo. No se crea una cultura de innovación, de esfuerzo, de competencia, de mejorar los negocios, y lo que se dice es que el mejor talento no se dedica a progresar sino a buscar este tipo de compensaciones.
- Los servicios del Estado son mucho más malos y lo podemos ver prácticamente en cualquier sector de la economía colombiana. Pensemos, sólo por ejemplo, en la infraestructura y en las vías. Buena parte del rapidísimo deterioro de las calles y carreteras se debe precisamente a que la corrupción estuvo allí; no se gastó todo el dinero que se debía, se bajaron las especificaciones, los interventores no cumplieron.
Definitivamente, la corrupción es un impuesto para la inversión. Atenta contra la inversión privada, la deforma, no se buscan los mejores proyectos, y cuando se busca menor inversión, naturalmente existe también menor crecimiento económico.
- Quisiera también mencionar que la inversión pública en ambientes de corrupción, crece, y especialmente en aquellos proyectos donde es más fácil ser sujetos de ella. Por ejemplo en la parte militar; suben las compras de suministros y bajan las compras de elementos como alimentos o cosas donde las posibilidades de corrupción sean menores.

¹⁵³ <http://www.oas.org/juridico/spanish/Foro.htm>, TALLERES DE DIVULGACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION, FORO "LA CORRUPCION Y SUS EFECTOS SOBRE EL DESARROLLO Y EL ESTADO DE DERECHO", IMPACTO ECONOMICO DE LA CORRUPCION, 3. Los efectos económicos de la corrupción en el país, Intervención del Dr. Armando Montenegro, Presidente del ANIF, Santafé de Bogotá, 26 y 27 de agosto de 1998

- La corrupción causa más pobreza y hace a los países más desiguales. Con el menor crecimiento, las oportunidades de aumentar el ingreso en los grupos más bajos de la sociedad pierden posibilidad y la desigualdad sigue, porque, como es obvio, en un ambiente corrupto, la gente que más tiene es la que más puede ganar, es la que tiene los recursos para hacer los sobornos al Estado y pagan menos impuestos; las personas con más influencia se favorecen de los permisos, de las licencias y sobre todo existe bastante más evidencia que los servicios sociales tienden a ser menores, y como están plagados por corrupción, son menos efectivos. Entonces, el impacto de la corrupción lo reciben con mayor intensidad los más pobres.
- La corrupción incrementa dramáticamente la incertidumbre para la inversión. Se prefieren inversiones de retornos rápidos, porque entre más tiempo dure la inversión más probable es que se pierda. Hay un riesgo mayor. Por ejemplo, armar concesiones de carretera se vuelve muy difícil por los riesgos regulatorios que pueden ser consecuencia de la corrupción de los funcionarios públicos. Obviamente se genera un sesgo hacia el consumo, hacia el retorno inmediato y donde el status social lo da el consumo o la riqueza y poco el papel social que juega el individuo.

Cuando en un país se hace evidente la corrupción, se deteriora la calidad en la prestación de los servicios públicos por parte de sus funcionarios, ya que un funcionario público corrupto es poco eficiente en la labor que realiza, pues su voluntad va encaminada únicamente a obtener un lucro o recompensa personal, no a satisfacer las necesidades generales que implica la función pública. Sin dejar de lado, que esta circunstancia a su vez está contribuyendo a producir una concentración del poder en manos de muy pocos y una brecha más amplia de desigualdad.

Y es más grave aún, el hecho de que en la medida en que los funcionarios públicos sean poco eficaces en su labor, las instituciones también lo serán, es decir, se disminuye la capacidad productiva del Estado que a su vez afecta la inversión, lo cual no contribuye evidentemente a la lucha contra la pobreza.

3.3.2 Jurídicos.¹⁵⁴

- Deficiencias de la administración de justicia. Causa y efecto de corrupción, son también responsabilidad de las otras ramas del poder público y de la sociedad en general. La administración de justicia tiene que aplicar, leyes emanadas de la rama legislativa del poder público al igual que decretos producidos por la rama ejecutiva y contar con la asistencia de ésta en muchos de los aspectos relacionados con su actividad. Por ejemplo, en el régimen penitenciario desafortunadamente no se han seguido políticas serias y estables para que haya coherencia, orden y prioridad de los intereses nacionales sobre los coyunturales.
- Falta de independencia en la Justicia. Cuando no se tiene soberanía, y hablo de soberanía hacia el exterior y también frente a los poderes que han desplazado en ciertos casos al Estado, es muy difícil que puedan existir leyes que permitan a los jueces cumplir con la función de castigar apropiadamente a la delincuencia. Inconsultamente se han venido creando procedimientos diferenciales, muchas veces, de precaria duración y así mismo se cambian las competencias, las cuales generan problemas técnicos de difícil solución y riesgos de inmunidad que al materializarse conducen a la ineficacia de las actuaciones, la pérdida de tiempo y en muchas oportunidades la prescripción de las acciones generando esto factores de descrédito e injustas sospechas de

¹⁵⁴ <http://www.oas.org/juridico/spanish/Foro.htm>, TALLERES DE DIVULGACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, FORO "LA CORRUPCIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE EL DESARROLLO Y EL ESTADO DE DERECHO", CORRUPCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA, Intervención del Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Santafé de Bogotá, 26 y 27 de agosto de 1998

corrupción contra la rama judicial. Además, cuando la administración de justicia funciona bien es cuando más se proponen mecanismos para reformarla o cambiarle las leyes, y aun el marco constitucional en forma que ya ha llevado a creer que se busca beneficiar a personas que quedaron bajo el ámbito de su aplicabilidad no querida o no prevista así al menos de manera específica en los criterios iniciales de selección.

- Desconfianza hacia la Administración de Justicia. El nivel de credibilidad en la administración de justicia que es bajo en la mayoría de los países del mundo primariamente por su imagen de corrupción e ineficiencia. Las decisiones de jueces siempre serán cuestionadas, al menos por algunas de las partes involucradas en un proceso, en la medida en que al reconocerle el derecho o hallarle mérito a la causa de alguien, se le está negando a otro y otros que crean tenerlo, e irradiaran críticas contra ese fallo. En una crónica recientemente publicada en la revista *Diners* se recordaba esta copla, “aquí por justa sentencia pena un ladrón principiante que no robó lo bastante para probar su inocencia”: lo así expresado, implica una ingeniosa censura contra la administración de justicia en la medida en que se entienda que el haber logrado un botín más cuantioso hubiera quedado en posición de efectuar una oferta suficientemente elevada para torcer a su favor una determinación judicial. También puede entenderse que el procesado que haya alcanzado mayor éxito posee recursos, que le permiten contratar un mejor defensor o un pool de ellos, como últimamente viene estilándose, más capacitados y condecorados antilurgios de pronto de aquellos que se jactan de conseguir que los derechos humanos de sus clientes sean más reconocidos a quienes finalmente aquellas gentes dejen pobres pero honrados. Sobre la falta de credibilidad hacia la administración de justicia se encuentran muchas referencias directas o indirectas expresadas desde muchos puntos del orden. Sobre esto nunca olvido lo que me contestó el Barrister británico Marck Bans, cuando le expresaba mi admiración hacia la organización del funcionamiento de la justicia

inglesa y él simplemente dijo con su sorna británica: el pasto siempre se ve más verde desde el otro lado de la cerca.

La corrupción genera desconfianza, esta desacredita a las instituciones públicas y perjudica la gobernabilidad, pues se generaliza la percepción de que la ley no es respetada. Se percibe al Estado como una entidad donde “todo se compra, todo se vende”.¹⁵⁵

- La impunidad es otro elemento que alimenta el desarrollo de la corrupción. Si el costo de la corrupción es menor que el beneficio que reporta, estamos ante un incentivo, por el contrario, si el beneficio es menor que el costo o sanción, estamos ante un desincentivo.¹⁵⁶
- Para el derecho es ilegal y configura conductas delictivas; para la economía distorsiona el mercado, disminuye la productividad, retrasa el desarrollo y ahuyenta la inversión; para la política desacredita a los actores, perjudica la gobernabilidad, genera parcelación del poder y vacíos que generan efectos negativos.¹⁵⁷

Uno de los pilares fundamentales en un gobierno es la administración de justicia o poder judicial, incluso considerado como un servicio público indispensable para satisfacer las necesidades de la comunidad, este sistema por lo tanto debe cumplir con una serie de parámetros que lo apoyen, como lo son: un personal ampliamente calificado y la independencia del poder central para asegurar la igualdad y transparencia en la toma de decisiones, y sobre todo para garantizar el respeto a la justicia como un valor fundamental del Estado social de derecho. Pero es justamente ese uno de los obstáculos más graves que actualmente enfrenta el país, la injusticia, ya que los jueces en sus providencias no siempre hacen alusión al resultado más justo que en

¹⁵⁵ http://74.125.47.132/search?q=cache:bLpW5M_i_eUJ:ocma.pj.gob.pe/seminario/31/IMPACTO%2520DE%2520LA%2520CORRUPCION%2520EN%2520LA%2520ECONOMIA%2520Y%2520EL%2520DEREC%2520HO.ppt+impacto+de+la+corrupcion+en+la+economia+y+el+derecho&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&lr=lang_es&client=firefox-a, diapositiva 24.

¹⁵⁶ Ibid, Diapositiva 16.

¹⁵⁷ Ibid, Diapositiva 14.

derecho corresponda y acuden a otras vías que en muchos casos pueden ser consideradas como ilícitas, aspecto que ocasiona un problema en la opinión pública que se presenta como desconfiada al sistema lo cual en ultimas genera más corrupción.

3.3.3 Políticos.

- Incremento del Clientelismo. Los puestos públicos se ven como una alternativa para prosperar y no para servir. No hay reglas claras para el empresario y para el ciudadano común; impera la ley del dinero y del más fuerte; los partidos políticos se descomponen en su propósito de representantes de la sociedad civil y se convierten en un vehículo para apoderarse de una porción del Estado.¹⁵⁸
- Limita la capacidad del Estado a solucionar los problemas públicos, al destinar parte de los recursos a intereses particulares, no a los colectivos que son su finalidad. (Jorge Mario Eastman R., Descentralización y Corrupción, autores varios 1996).¹⁵⁹
- La corrupción desdibuja la imagen del país en el exterior y consigue ahuyentar a los potenciales inversionistas.¹⁶⁰
- Falta de Participación Ciudadana en la Administración. La participación en primera instancia debe ser real y no teórica, para lo cual el Estado, previamente tiene que garantizar en forma práctica, la vida, salud, trabajo, alimentación, educación y servicios básicos para los ciudadanos; y, segundo la participación real y objetiva debe darse en todo los sistemas políticos que está constituido básicamente por cuatro campos:

¹⁵⁸ <http://www.oas.org/juridico/spanish/Foro.htm>, TALLERES DE DIVULGACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION, FORO "LA CORRUPCION Y SUS EFECTOS SOBRE EL DESARROLLO Y EL ESTADO DE DERECHO", Intervención del Dr. Hernando José Gómez Restrepo, Presidente de Camacol.

¹⁵⁹ ZULUAGA GOMEZ, op Cit, pág. 27

¹⁶⁰ ESCOBAR GALLO, op Cit. Pág. 106 y 107.

- I. El régimen político: formado por el Estado, los poderes de éste y el entramado institucional, la Constitución Política y las leyes fundamentales reguladoras de la política, la sociedad y la economía.
- II. Factores sociales: partidos políticos, grupos de presión y movimientos sociales.
- III. Cultura política: valores de los individuos y de los grupos sociales que componen la sociedad en cuanto a la comprensión de la actividad política.
- IV. Escenario internacional: a través del cual recibe influencia de otros sistemas políticos o del propio sistema internacional¹⁶¹.

El sistema político, tiene que estar adecuado para que los pueblos indígenas y la ciudadanía en general participen de manera real. Nuestro sistema político actual, está diseñado para que justamente no exista la participación. La democracia que pregonan y condicionan las instituciones internacionales de crédito como FMI, Banco Mundial, es justamente ese sistema injusto denominada “democracia” representativa.

- **Transparencia En La Administración.** La administración pública no es transparente, porque si dice una cosa y tras de ese discurso no solamente se esconden malos manejos económicos, sino también los verdaderos intereses políticos y económicos de los que gobiernan el país, que a su vez son vasallos de las transnacionales. La transparencia tiene que darse en todos los niveles y por medios invendibles, empezando por la democratización de la información y los medios de comunicación, porque en los finales del siglo XX, por ejemplo, existe más de dos millones de satélites; de ellos seiscientos

¹⁶¹ Alcántara Sáez Manuel, *Gobernabilidad crisis y cambio: elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio* Págs. 54 y 55, en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/.../docs/PonenciaMYumbay.doc%20->, YUMBAY Mariana, “Taller sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho”, Subtema: “Corrupción y Justicia Social”.

son de Estados Unidos, unos doscientos veinte son de comunicaciones, sólo veintinueve de los países en desarrollo: Argentina tiene uno, México dos, Brasil tres. Manejar el canal es decidir el programa y decidir el programa es educar e informar lo que yo quiero. La transparencia entonces deberá iniciarse, con el cambio del sistema político más justo, la democratización de los bienes, servicios, medios de comunicación, etc.¹⁶²

Una de las situaciones que se presentan en el fenómeno de la corrupción, es el intercambio de favores entre quienes detentan el poder político, los electores y las personas investidas con función pública, que colaboran con los mismos; ejercido a partir de una estructura burocrática determinada. Este comportamiento promueve la desigualdad, puesto que los beneficios dependen de las relaciones con quienes ostentan el poder político. Sin embargo, esta práctica no justifica la corrupción, porque el Estado debe tener instrumentos que garanticen la transparencia y el control en las instituciones y el efectivo cumplimiento de los intereses generales.

Es importante mencionar los efectos que tiene la corrupción sobre la gobernabilidad, al respecto el Profesor de Ciencia Política en la Universidad de los Andes, Fernando Cepeda Ulloa, explica en su texto “La Corrupción en Colombia” algunos de estos efectos políticos de la corrupción sobre la gobernabilidad del estado anunciando que la corrupción tiene un tremendo impacto sobre “el buen gobierno” y por ello determina gravemente el sistema político, entre otras razones porque:¹⁶³

- I. Afecta la credibilidad en la autoridad y erosiona la legitimidad del gobierno.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ CEPEDA ULLOA, Fernando. La Corrupción en Colombia. La Corrupción: Desafío a la Gobernabilidad. Tm Editores 1997. Bogotá Colombia. Pág. 10

- II.** Fomenta el cinismo entre los ciudadanos, crea desesperanza, desencanto e indignación.
- III.** Propicia una cultura política de incivismo en virtud de la cual el ciudadano se va convirtiendo en evasor de sus deberes no solo como contribuyente sino en todos los demás aspectos de la vida en comunidad. Se destruye o debilita así la relación de cooperación entre los ciudadanos y las autoridades, y se genera un ambiente hostil que poco o nada ayuda a la construcción de una sociedad participante como la que ordena la nueva Constitución. Más que una sociedad constructiva se va gestando una sociedad de gentes negativas, que buscan sacar tanto provecho como sea posible en beneficio personal, pero que los tiene sin cuidado qué pase con el vecino, qué le ocurre a su comunidad, a su vecindario, a su ciudad, a su región, a su país. La insolidaridad es, en mucho, un producto del cinismo y de la apatía que genera percepción de que existen un gobierno, unos funcionarios, unos políticos corruptos.
- IV.** Encarece la inversión en infraestructura básica y la prestación de los servicios públicos, disminuyendo así la posibilidad de extenderlos en beneficio de más usuarios.
- V.** Encarece la compra de tecnología más moderna y expone al país a la adquisición de tecnologías obsoletas.
- VI.** Dificulta la ejecución de una política industrial debido a procesos generalizados de contrabando.
- VII.** Le resta efectividad y equidad a la política fiscal.
- VIII.** Crea incertidumbre, incredulidad e injusticia con respecto a la administración de justicia. Estos últimos efectos disminuyen dramáticamente el bienestar del ciudadano, y desestimulan la inversión y el ahorro.

- IX.** Desestimulan la inversión extranjera porque ésta se encuentra que no hay transparencia y, por lo mismo, no hay trato equitativo ni reglas limpias.¹⁶⁴

La corrupción política, en contratación estatal, se presenta cuando se limita el alcance del presupuesto público para beneficiar el interés privado de uno o un grupo de políticos gobernantes. En una sociedad se hace evidente la corrupción en las altas esferas del Estado, porque sus gobernantes utilizan en provecho propio las instituciones, para simular la eficiencia y la eficacia al desarrollar las políticas públicas. Además, cuando entre los ciudadanos existe la percepción de un alto grado de corrupción en los poderes del Estado, se terminan socavando la legitimidad de esos poderes y debilitando los regímenes existentes. De ésta manera se deteriora la gobernabilidad de un país, lo cual representaría una grave crisis en la legitimidad, eficacia y estabilidad de las políticas estatales.

3.3.4 Sociales.

- Cuando la corrupción se muestra como un negocio más rentable y lucrativo que el trabajo honesto y productivo, se produce una ineficiente localización del talento.¹⁶⁵
- Los contratos públicos firmados bajo comisiones, prebendas e incentivos dan lugar a una mala calidad de servicios públicos, y a una deficiente y mala calidad de las obras de infraestructura construidas. Abundan los ejemplos sobre estos casos en particular.¹⁶⁶
- Inequidad en el Reparto de la Riqueza. La corrupción es uno de los elementos generadores de la gran brecha que existe en el mundo entre

¹⁶⁴ Al respecto el autor hace la siguiente aclaración en su texto: Esta enumeración está basada en estudios sobre el tema y los documentos previamente elaborados por el equipo de Fedesarrollo. Al respecto se puede consultar *Governance and Development: A World Bank Publication*, 1992, en especial, págs. 13-28 y 39-46.

¹⁶⁵ Ibid

¹⁶⁶ Ibid

ricos y pobres que cada año se incrementa de una manera alarmante, por ejemplo en 1830 ésta se manifestaba en una proporción de 3-1 y en 1992 había subido a una proporción 72-1; en la actualidad esa cifra sin lugar a dudas se ha incrementado. Esto significa que cada día existe más pobres y pocos ricos; los ricos se aprovechan casi de la totalidad de la riqueza del mundo, mientras los pobres en mínima cantidad o casi nada; esto a su vez genera mayor ambición de los ricos por aprovechar de las riquezas a costa de los pobres, para lo cual tienen que acomodar instituciones, leyes, autoridades y en muchos casos sobornarlos, mientras los pobres tienen que sobrevivir en condiciones infrahumanas que en muchas ocasiones se ven obligados a delinquir.

Este sistema injusto de reparto de la riqueza ha generado que: Existan cuatro millones de pobres en todo el mundo, incluidos los pobres de los países industrializados y del Tercer Mundo. Más de doscientos millones de personas viven en situaciones de servidumbre forzada, es decir en nuevas formas de esclavitud. Cuatrocientos millones de niños realizan trabajos a tiempo completo o parcial, de éstos, doscientos cincuenta millones son menores de entre 5 y 14 años. En América Latina existe un 11,7% de analfabetismo, y un gran porcentaje de él se encuentra en las comunidades indígenas, entre otros.¹⁶⁷

Desde que el hombre empezó a vivir en sociedad ha buscado diversas formas de subsistencia, pero también de adquirir cada día más cosas de las que posee para garantizarla; de allí, que por su propia naturaleza, el ser humano trate de disminuir sus esfuerzos y aumentar sus ingresos. En la medida en que la sociedad se lo ha permitido, lo ha hecho aún en contra de las reglas a las cuales debe someterse.

4. IRREGULARIDADES MÁS FRECUENTES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

¹⁶⁷ <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/.../docs/PonenciaMYumbay.doc%20->, op Cit, pag 32.

En el desarrollo de este capítulo se tendrá en cuenta la calidad y controles a la contratación estatal; y la idoneidad de los funcionarios en el área de la contratación pública.

Justo es decir que el punto común de las irregularidades, es la violación de los principios de la contratación estatal y el desvío de poder. Estos principios son violados cuando se eluden los procesos concursales para obtener lucro personal o beneficiar a terceros.

4.1 CALIDAD Y CONTROLES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

A este propósito Samuel José Ramírez, en su libro Selección de Contratistas, condensa las siguientes irregularidades:

- En la contratación directa, cuyos requisitos de acuerdo con el Decreto 855/94 se cumplían con la presentación de cotizaciones, estas solían ser ficticias y provenientes de una misma persona, generando sobrecostos y corrupción.
- En los pliegos, cuando estos se diseñaban para que el concurso se declarase desierto y así poder contratar en forma directa; o redactar los pliegos de acuerdo a la condiciones que reunía un proponente determinado.

Con relación a este punto cabe señalar, que la Ley 1150 de 2007 saneo esta irregularidad puesto que, en su artículo 2, numeral 2, literal d, estableció que en los casos en que el proceso de licitación pública sea declarado desierto, la entidad correspondiente deberá implementar la selección abreviada en el termino y bajo los parámetros que fija la respectiva norma.

- En la urgencia manifiesta, por la negligencia y la no operatividad de los funcionarios que dilatan o detienen el proceso, y luego, obligan a realizar los

trabajos sin una convocatoria pública.

Al declararse la urgencia manifiesta se está aplicando la modalidad de contratación directa en forma restrictiva, ya que se requiere un acto administrativo motivado para su declaración; de manera que, esta modalidad de contratación no contiene fundamento alguno para argumentar o justificar una falla en la oportuna planeación por parte de la administración, cuando se pretenda emplear excusándose en el servicio público, toda vez que su inadecuado uso genera la responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria del servidor público.

Esto quiere decir que si el objeto de la contratación se orienta a dar soluciones a situaciones diferentes del servicio público, cuyas consecuencias sean la afectación del orden público, económico o social, se evidenciaría una desviación de la naturaleza real de esta figura de contratación.

- El fraccionamiento de contratos, con el propósito de eludir el proceso licitatorio y utilizar la excepción de la contratación directa.

A pesar de que esta figura fue regulada por el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 no estableció ningún parámetro directo sobre el tema, se trata de una disposición admisible en la legislación actual conforme a los principios de la contratación estatal, por ende, todos los actores e intervinientes de la actividad contractual deberán sujetarse a las normas de la respectiva materia. En el ejercicio de la contratación pueden presentarse diversos eventos que configuran el fraccionamiento de contratos, por lo cual para poder determinar la ocurrencia de dicho fenómeno se deben establecer en cada caso en concreto las razones de la contratación, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron el proceso, las condiciones presupuestales del contrato y la cuantía del mismo, entre otros.

- La subcontratación, se da cuando por negligencia o complicidad de interventores se permite que el contratista no desarrolle el objeto contractual, sino que lo hagan terceros.

Este tipo de maniobra es más frecuente en los contratos de obra, donde se entregan las labores de construcción, mantenimiento e instalación de trabajos a terceras personas con el fin de obtener un provecho económico; también, es muy común en los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, pues en desarrollo del mismo con frecuencia se requiere celebrar varios contratos para cumplir con la finalidad propuesta por el negocio jurídico, lo cual no implica que las sociedades fiduciarias puedan adjudicar subcontratos para la ejecución del contrato principal. De manera que, en ambos casos se hace evidente como las normas permiten que se presenten este tipo de irregularidades.

- Errores jurídicos, llevan a litigios cuyos prejuicios suelen ser más elevados que los sobrecostos artificiales.

Debido A lo anterior, y para contrarrestar este tipo de corrupción, surge como mecanismo el Decreto 2170 de 2002, el cual presenta instrumentos que busca subsanar las irregularidades y disminuir o acabar con la corrupción que se ha venido presentando en las entidades públicas y en la forma como se realizan las contrataciones.

Al respecto, Samuel Rodríguez sintetiza los siguientes instrumentos:

“a) Se establece la contratación directa de menor cuantía como procedimiento reglado concursal similar al licitatorio. b) Se introduce la utilización de herramientas informáticas como medios de divulgación y conservación de datos. c) Se obliga a la publicidad del proceso contractual en su fase preparatoria y precontractual. d) Se fortalecen los mecanismos de participación ciudadana a lo largo del proceso de contratación. e) Se señalan requisitos para los eventos de contratación con cooperativas y asociaciones de entes territoriales. f) Normas para orientar el caso de declaratoria de desierta de la licitación o la ausencia de oferentes. g) Se concibe el sistema de conformación dinámica de

la oferta. h) Aplican aspectos de la ley de comercio electrónico. i)

Se enfatiza la exigencia de ceñirse al principio de indemnidad¹⁶⁸

Cabe resaltar, que la selección abreviada puede entonces considerarse como un instrumento para combatir la corrupción, ya que, constituye una modalidad de selección prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación, la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse gestiones simplificadas para garantizar la eficiencia de la gestión contractual; además, en torno a las precisiones que hace el autor, el principio de publicidad que hace parte del desarrollo contractual, debe entenderse como una garantía de transparencia en el mismo, lo cual a su vez facilita la intervención de la ciudadanía sin la eficacia requerida para llevar a cabo dicho proceso.

4.1.1 Debilidad de los controles a la contratación.

La labor de los organismos de control ha sido calificada en las encuestas de percepción como poco encaminada a la prevención y proclive a interesarse por detalles de forma, sin que sea posible establecer la eficacia del control ejercido. Se cuestiona también la idoneidad de los funcionarios asignados al control de la gestión contractual, y la deficiencia del control interno. Se trata de un dato preocupante, si tenemos en cuenta que el Estado destina cuantiosos recursos para las actividades misionales de estos entes. Estos indicadores hacen que se plantee la necesidad de evaluar los resultados de la gestión de vigilancia y control, pues se corre el riesgo de perder la confianza de la opinión pública, lo que terminaría incentivando las prácticas corruptas. A lo anterior debe agregarse la duplicidad de controles que aparentemente se estarían ejerciendo en materia de contratación por parte de los órganos de control fiscal y de la Procuraduría General de la Nación, en cuanto atañe al control social y ciudadano sobre la contratación, se anota que no obstante que la legislación nacional es bastante rica (ley 80/93, dec. 1421/93, ley 142/94, ley 190/95, ley 489/98, dec. 2170/02, ley 850/03), la verdad es que la falta de capacidad técnica y financiera de los grupos

¹⁶⁸ RAMÍREZ POVEDA, Samuel José. Selección de contratistas. Contratación directa. 2da edición actualizada y aumentada. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2005. p. 2.

organizados para ejercerlo, así como, en ocasiones, su control por movimientos políticos y la falta de garantías para la seguridad de sus integrantes ponen de presente su extrema debilidad; para superarla, estas organizaciones tampoco encuentran respaldo decidido en las administraciones.¹⁶⁹

4.1.2 Fortalecimiento de los controles.

Los recientes cuestionamientos que los medios han formulado a la labor de los organismos de control de las entidades territoriales, han reabierto la discusión acerca de los mecanismos que se utilizan para elegir a los funcionarios de estos organismos.

Mientras se define cualquier reforma de este aspecto, es posible comenzar a trabajar en la adecuada formación y evaluación del desempeño de estos funcionarios y monitorear el avance de la implementación del Modelo Estándar de Control Interno, que debería contribuir al mejoramiento de la gestión contractual y al autocontrol de las entidades públicas.

Iniciativas como el convenio de cooperación y apoyo en la lucha contra la corrupción, suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, demuestran que existe la voluntad de coordinar esfuerzos, y que estas entidades han sido receptivas a los reclamos de la ciudadanía sobre una lucha decidida contra la corrupción.

Las máximas autoridades de control (Procurador General, Contralor General) parecen ser conscientes del papel que les reclama la ciudadanía, pues en los últimos meses han venido realizando acciones dirigidas a recuperar la confianza del público, informando a los medios sobre su gestión y presentando planes de lucha contra la corrupción, en especial en los casos más significativos en cuanto a cubrimiento periodístico. Se destaca también el Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, que ha asumido un papel de denuncia pública de

¹⁶⁹ [http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Microsoft%20Word%20-%20Documento mesa de trabajo y conclusiones%5B1%5D.pdf](http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/Microsoft%20Word%20-%20Documento%20mesa%20de%20trabajo%20y%20conclusiones%5B1%5D.pdf), pag 8

irregularidades en la contratación, cuestionando el rol de los organismos de control a nivel territorial.

En cuanto al control social, se ha observado un creciente interés por parte de la sociedad civil y sus agremiaciones en la gestión contractual pública, interés que demuestra a los responsables del gasto público que la ciudadanía está en capacidad de exigirles el cumplimiento de su deber de rendir cuentas sobre la forma en la que se invierten los recursos. Sin embargo, este control social requiere de más apoyo por parte del Estado, en especial en las entidades territoriales que pueden estar cooptadas por el clientelismo o bajo la influencia de grupos armados ilegales. Se requeriría, igualmente, con el fin de articular las acciones diversas y numerosas para capacitar a la sociedad civil en el control de la gestión pública, el diseño de un plan estatal para el impulso y fortalecimiento del control social, la implementación de medidas o estímulos que hagan de las veedurías un ejercicio eficaz para el mejoramiento de la gestión contractual, y la protección adecuada de los veedores ciudadanos.¹⁷⁰

En materia de controles a la corrupción, el Gobierno Nacional a través de sus instituciones ha venido implementando una serie de mecanismos para incentivar la confianza de los ciudadanos en las cuestiones públicas, puesto que, en los últimos años la opinión pública ha criticado y obligado al Estado a crear estas herramientas, que mas que un control a la corrupción resultan ser un instrumento para legitimar las actuaciones de los políticos, además, que resultan ser soluciones coyunturales a una problemática que lleva un centenar de años en el país. Sin embargo, a pesar de que el fenómeno de la corrupción sigue estando presente en los organismos del Estado, existen estrategias implementadas en las diferentes instituciones que garantizan el cumplimiento de los fines y los principios que regulan la función pública y que están acordes con los intereses generales de la comunidad.

4.2 IDONEIDAD DE LOS FUNCIONARIOS EN EL ÁREA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

¹⁷⁰ Ibid, pag 13.

4.2.1 Recurso humano estatal poco preparado.

En algunos de los estudios revisados, se constata que el funcionario público asignado a las áreas de contratación se percibe como escasamente calificado y desconocedor de las normas aplicables a sus funciones. Aunque la escasa preparación del recurso humano estatal obedece a causas que no son objeto de este estudio, conviene al menos tener en cuenta esta circunstancia pues la asimetría de la información entre contratante y contratista puede inducir a errores que terminan siendo costosos para el Estado o creando oportunidades para la corrupción. La insuficiencia de la formación de este personal puede extenderse a los funcionarios de los organismos de control encargados de vigilar la gestión contractual de las entidades, en atención a las observaciones que sobre la labor de estos entes han formulado los diferentes estudios.

Esta deficiencia afecta labores cruciales, como la preparación de los estudios previos, los pliegos de condiciones o el ejercicio de la interventoría, cuando esta es ejercida por funcionarios de la entidad contratante. Transparencia por Colombia ya advertía en su informe sobre los riesgos de corrupción en la contratación, acerca de la falta de regulación sobre la calidad del personal encargado de realizar la evaluación de las ofertas.¹⁷¹

Formación del recurso humano. En los aspectos administrativos, las entidades estatales están en capacidad de tomar medidas para mejorar la gestión de las áreas de contratación. En la ley 734 de 2002 (código disciplinario único) se incluyeron disposiciones sobre la implementación de las oficinas de control disciplinario, y periódicamente, la Procuraduría General de la Nación emite directivas para la correcta gestión de las unidades u oficinas de control disciplinario. Algo similar sucede con las áreas de control interno de gestión, que cuentan con el apoyo del Departamento Administrativo de la Función Pública.

¹⁷¹ Ibid, pag 7

En materia de contratación pública, esta función la asume la Comisión Intersectorial de Contratación CINCO, que sería el ente encartado de dictar los lineamientos generales para la gestión contractual, y la instancia especializada ante la cual puedan solicitar colaboración para el mejoramiento de su gestión. El fortalecimiento de las áreas de contratación se facilitaría si existiesen unas normas mínimas para su organización, incluyendo la definición de los perfiles de quienes la integran, tema en el cual ha venido trabajando la Comisión. Es urgente que ésta promueva la adopción de medidas que contribuyan a mejorar la gestión de estas dependencias, protegiéndolas de las presiones de contratistas o de funcionarios de la entidad, garantizándoles formación especializada y dotándolas de las herramientas necesarias (recurso humano calificado, soporte tecnológico y jurídico, instancias de consulta) para minimizar los riesgos de corrupción. Por estas razones, sería recomendable promover una colaboración permanente entre CINCO y las áreas de contratación, en especial aquellas del nivel territorial que están sujetas a mayores presiones por parte de intereses políticos locales.

Complementariamente, la Comisión Intersectorial de Contratación debería iniciar una labor dirigida a determinar el impacto del Programa de reforma a la administración pública en la contratación de servicios personales. La reducción de las plantas de personal y la supresión de entidades, puede ocasionar un aumento importante en el número de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos con el objeto de seguir cumpliendo con los fines de las entidades liquidadas. A esto se agrega que si llegara a concretarse el ingreso a la carrera administrativa de los funcionarios que hoy están en provisionalidad, se reduciría la discrecionalidad en los nombramientos, por lo cual la adjudicación de contratos de prestación de servicios profesionales podría constituirse en la forma seleccionada para el pago de favores políticos. La interacción permanente con el Departamento Administrativo de la Función Pública es indispensable para determinar los casos en los cuales se podría estar abusando de esta modalidad de contratación.¹⁷²

¹⁷² Ibid, pag 12.

4.3 SUBJETIVIDAD DE LAS REGLAS DE JUEGO.

Los pliegos de condiciones, como ley del contrato, deben tener un carácter general e impersonal. Sin embargo, los estudios consultados⁹ admiten que uno de los riesgos en la contratación es la confección de los pliegos o su modificación durante la licitación con el fin de favorecer a un proponente en especial. Esto termina por desalentar a otros posibles oferentes, y burla los fines esenciales de la contratación. En concordancia con lo acabado de decir, es posible redactar unos pliegos de condiciones impecables, pero que estén dirigidos a favorecer a uno de los oferentes.

Esta práctica se presenta en forma reiterada, si nos atenemos a los datos de la encuesta del programa Probidad, según la cual un tercio de los empresarios consultados incluye entre las prácticas corruptas más frecuentes el ajuste de especificaciones, y un 23% señala la influencia en la elaboración de los términos de referencia. La subjetividad en las reglas de juego termina generando desconfianza en los procedimientos. De ahí que según la misma encuesta, durante el año 2003, 7 de cada 10 empresarios se abstuvieron de participar en procesos de contratación pública, teniendo la oportunidad de hacerlo. También es posible cambiar las reglas de juego del procedimiento de selección durante la ejecución del contrato, mediante modificaciones que en ocasiones entrañan variaciones de las reglas contenidas en los pliegos de condiciones y, particularmente, en los aspectos que determinaron el orden de elegibilidad. De otra parte, la falta de rigor al autorizar las adiciones en plazo o precio, puede ocasionar que los proponentes presenten ofertas que saben que no estarán en condiciones de cumplir, con el único fin de ser beneficiados en la adjudicación y luego solicitar las adiciones que sean necesarias, perjudicando a los oferentes de buena fe. La Contraloría General de la República los denomina “términos de referencia amañados”. El hecho de diseñar unos pliegos de tal manera que sólo un oferente pueda cumplir con los requisitos también se conoce con el neologismo de “direccionamiento”.

En el documento “Agendas ciudadanas para la lucha contra la corrupción” de la Contraloría General de la República, se propone el control social en las fases de pre-pliegos y pliegos, para evitar el direccionamiento de la adjudicación. Este riesgo también es identificado en el estudio de casos “Riesgos de corrupción en la administración pública”, documento del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Banco Mundial. Podemos coincidir con lo anotado por Luis Jorge Garay en el “Foro de Lucha contra Corrupción, Gobernabilidad y Desempeño Institucional” realizado en marzo de 2002, cuando afirmaba que “en Colombia una importante parte de la pérdida de recursos públicos no es por corrupción, penalmente abierta, sino por un conjunto de modificaciones en contrataciones perfectamente hechas en términos jurídicos, pero con unas falencias en su especificación contractual a nivel técnico para la defensa de los intereses colectivos, que pueden favorecer la realización de ganancias extraordinarias de ciertos conglomerados privados nacionales e internacionales sin una debida justificación técnica pero sí con una estricta validez legal. Práctica que en últimas es imposible demostrar como fruto de corrupción abierta de funcionarios públicos o incluso de las empresas favorecidas por fallas en la especificación técnica de los términos y condiciones contractuales.”¹⁷³

Los reglamentos o estatutos internos de contratación de las entidades estatales deberían disponer expresamente la intangibilidad de las reglas del juego, tanto de las incluidas en los pliegos de condiciones como de las incorporadas al texto del contrato que se celebre. Para concluir que los pliegos son inmodificables y que únicamente por razones o circunstancias sobrevivientes e imprevisibles a su elaboración pueden ser variados, simplemente bastaría con tener en cuenta la preeminencia del principio de planeación en los procesos de contratación.

Razonamientos similares deberían impedir las modificaciones injustificadas del contrato durante su ejecución; las mismas sólo serían válidas en los casos en que varíen las condiciones existentes al momento de celebrarlo, siempre que dichos cambios no hayan podido ser razonablemente previstos por las partes. Directivas

¹⁷³ Ibid, pag 6.

presidenciales en este sentido y un seguimiento adecuado y de fondo por parte de los órganos de control deberían permitir la solución de este problema.

4.4 AUSENCIA DE INCENTIVOS A LA INTEGRIDAD.

En las encuestas sobre percepción de corrupción en las compras públicas, se evidencia que el sector privado conoce, o ha conocido, prácticas indebidas en los procesos licitatorios, lo que conduce a que un importante número de potenciales proponentes se margine de las convocatorias que realizan las entidades estatales. Reconocer el problema es un paso, pero hacen falta incentivos para avanzar hacia la denuncia de estas conductas que terminan deslegitimando los procesos y horadando la gobernabilidad. Igualmente importante sería el otorgamiento de estímulos a las empresas que han implementado códigos de ética o programas anticorrupción, en la medida en podrían motivar la adopción de estándares de conducta proba por parte de la empresa privada.

Las decisiones judiciales que imponen sanciones a los contratistas que incurrir en prácticas corruptas, no cuentan tampoco con suficiente divulgación, lo que contribuye a mantener la percepción de un Estado indiferente ante la corrupción.¹⁷⁴

En la reforma propuesta, no existen disposiciones de obligatorio cumplimiento para incentivar a los proponentes a implementar programas de ética en sus empresas. Sin embargo, desde las entidades estatales es posible crear las condiciones que incentiven las buenas prácticas en los procesos contractuales mediante la inclusión de prescripciones de este tipo en sus pliegos de condiciones, con el objeto de estimular a las empresas que han implementado códigos de ética o programas anticorrupción dirigidos a sus empleados y directivos. Para el efecto se requiere comenzar a trabajar en una “cláusula tipo”, que sería propuesta por el sector privado y las organizaciones no gubernamentales, procurando que las

¹⁷⁴ Ibid, pag8.

entidades estatales comiencen voluntariamente a incluirla en sus pliegos, a lo cual también podría llegarse por la vía de los incentivos.

Sería importante, igualmente, crear los mecanismos que hagan visibles las empresas que voluntariamente adopten medidas encaminadas a promover comportamientos éticos entre sus directivos y empleados, en especial en sus relaciones con el Estado.¹⁷⁵

4.5 SUBCULTURA DE LA ILEGALIDAD.

Culturalmente se acepta a quien persiste en obtener sus metas sin parar mientes en la forma como lo hace y sin preocuparse de las personas afectadas. La máxima “el fin justifica los medios” se ha convertido en el paradigma de amplios sectores de la sociedad que, al mismo tiempo, han consagrado el dinero como el máximo valor y que, por tal razón, ven en la administración de los recursos públicos un medio más de satisfacción de intereses personales y no la forma por excelencia de satisfacer los intereses colectivos. Como, de otra parte, la ausencia o la escasa frecuencia del castigo hace que el costo de incumplir la norma sea menor que el beneficio que se obtiene del incumplimiento, se ha venido generando un fenómeno denominado comúnmente “la subcultura de la ilegalidad” en la que la regla legitimadora de las prácticas corruptas referida a quien las practica es “roba, pero al menos hace”. En el documento de políticas contra la corrupción elaborado por la Vicepresidencia de la República, al analizar este tema se agrega que “en la cultura ciudadana tampoco existen formas de conducta que demuestren una alta valoración de lo público, ni un claro sentido ético del servicio público”.¹⁷⁶

4.5.1 Fomento de una cultura de la legalidad.

“Si se observa entonces el panorama anterior, podrá concluirse que el problema de la contratación no es normativo sino humano y que mientras no se supere la

¹⁷⁵ Ibid, pag 13

¹⁷⁶ Ibid, pag 9

crisis de valores que aqueja nuestra sociedad, incluida en ella la falta de preparación, por más perfecta que sea la norma, se seguirán presentando los mismos inconvenientes sino peores” (Luis G. Dávila Vinueza “Menos normas y reformas y más pedagogía”. Misión de Contratación, 2003)

Existen acciones con las cuales pretende dar paso de una cultura de la ilegalidad a su contraria. Se trata del Programa de Cultura de la Legalidad que se desarrolla, fundamentalmente, al interior de la academia mediante proyectos piloto o acciones puntuales dirigidas a la niñez y la adolescencia como “Adios a las trampas”, con las cuales se busca incentivar las buenas prácticas ciudadanas creando espacios de reflexión sobre la importancia de las reglas del juego y que deberían conducir a cimentar la cultura de lo público desde temprana edad. En cuanto atañe al empresariado, distintas iniciativas a nivel internacional lo orientan hacia el concepto de “corresponsabilidad” en la lucha contra la corrupción. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, concretamente, recomienda la autorregulación de las empresas mediante: i) la definición de estándares éticos y de transparencia; ii) la incorporación de estrategias orientadas a prevenir riesgos de corrupción en sus relaciones negociales, particularmente con el sector público.¹⁷⁷

4.6 LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS, LAS ELECCIONES Y LA CONTRATACIÓN.

Las microempresas electorales surgidas de la crisis de los partidos políticos que buscan recuperar las inversiones hechas en la campaña mediante su intervención en las decisiones contractuales, en pos de la adjudicación de concesiones y contratos, se han convertido en un riesgo más de corrupción de los procesos de contratación. Complementariamente, han profundizado dicha crisis, generando y acrecentando la desconfianza ciudadana en el sistema electoral y en los partidos, hasta el punto de que éstos figuran como la institución que goza de menor grado

¹⁷⁷ Ibid, pag 15.

de confianza en la ciudadanía, según el estudio de “La Cultura Política de la Democracia en Colombia” elaborado en 2004 entre otros por el Centro Nacional de Consultoría y la Fundación Buen Gobierno.

El fenómeno opera también a la inversa tal y como ocurre cuando desde los despachos públicos se toman decisiones con las cuales se contribuye a la financiación de las campañas electorales. Sin olvidar, por ser de actual y diaria recordación, que en algunos casos, se trata de alianzas de sectores políticos con grupos armados ilegales para asegurar el éxito electoral y controlar tanto el territorio como los recursos, poniendo los presupuestos públicos y los contratos al servicio de las ilícitas empresas electorales.¹⁷⁸

4.6.1 La financiación de las campañas electorales.

La financiación de las campañas electorales en Colombia se hace mayoritariamente con fondos públicos. El propósito inicial de contribuir con la transparencia, fortalecimiento y modernización de los partidos, ha sido desbordado –como se ha visto- y de ahí que desde hace años se oigan voces que piden la financiación total de las campañas con recursos del Estado. Dado que el impacto económico de tales medidas parecería ser muy alto, entre tanto debería fortalecerse la función de control que sobre las cuentas de los partidos ejerce el Consejo Nacional Electoral, mediante la provisión de recursos humanos, físicos y financieros suficientes que le permitan detectar oportunamente las infracciones de las normas relativas a la financiación y aplicar los correctivos previstos en las normas.¹⁷⁹

4.7 LAS RESPUESTAS DESDE LO NORMATIVO.

En los últimos años y luego de haber sido promulgada la ley 80 de 1993, se han expedido diversos decretos que buscan hacer más transparente el procedimiento

¹⁷⁸ Ibid, pag 9.

¹⁷⁹ Ibid, pag 15.

de contratación directa y establecer reglas para la celebración de convenios de cooperación y asistencia técnica. En cuanto a la reforma legislativa, luego de un tortuoso trámite que aún no termina, un proyecto radicado inicialmente con el número 20/05 Senado fue aprobado en sesión plenaria del Senado de la República los días 30 de mayo y 7 y 13 de junio de 2006 y actualmente hace tránsito en la Cámara de Representantes con el número 057/06, contando con ponencia favorable para segundo debate. El mismo intenta dar solución a los problemas que expertos e interesados en el tema han venido anotando a lo largo de estos años, entre los cuales se destacan:

- Crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, que integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal, el Portal Único de Contratación y el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE. En armonía con la ley 527 de 1999, permitirá la realización de la totalidad del proceso de contratación por medios electrónicos, lo cual contribuirá a fortalecer la transparencia, reducir los costos de la contratación y facilitar el control de los mismos .
- Otorga facultades al gobierno para “estandarizar las condiciones generales de los pliegos de condiciones y los contratos de las entidades estatales”. Independientemente de la suerte que corra esta iniciativa en el debate final, vale la pena que el sector privado y los expertos se vinculen en este tema, que podría mejorar la calidad de los documentos integrantes de los expedientes contractuales, y en el cual ha insistido en repetidas ocasiones el Banco Mundial. Es una forma de prevenir el direccionamiento de pliegos de condiciones, uno de los problemas estructurales del sistema colombiano de contratación pública.
- Acoge la propuesta del CPAR 2005 y de numerosos expertos y doctrinantes, en cuanto a compartir los riesgos derivados de la actividad contractual disponiendo que debe incluirse en los pliegos de condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación (Problema

relacionado en el punto. Lo cual hace que aquellos riesgos que son imprevisibles se manejen según la teoría de la imprevisión del derecho privado y se eviten perjuicios excesivos a la administración como consecuencia de la ocurrencia de hechos imprevistos.

- Sujeta al procedimiento de selección abreviada diversas contrataciones que actualmente siguen el procedimiento de la contratación directa, tales como la prestación de servicios de salud; la contratación en caso de proceso declarado desierto; la enajenación de bienes del Estado; la adquisición de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional salvo aquellos definidos como estratégicos, etc..

- Coloca restricciones a la contratación con organismos multilaterales de crédito y organismos extranjeros de cooperación o asistencia y la somete a la ley 80 de 1993 dependiendo del monto de los recursos aportados por aquellos; sujeta al régimen de la ley a las Corporaciones Autónomas regionales, FONADE, los contratos con cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, los contratos que se celebren en desarrollo del art. 355 de la C.P. cuando la participación de recursos públicos sea superior al 50% y los interadministrativos celebrados por las instituciones de educación superior públicas cuando el objeto de los mismos no sea para el desarrollo directo de actividades propias de la academia (docencia, investigación y extensión de programas ofrecidos por la respectiva entidad) No obstante, el proyecto no da respuesta a los problemas más comentados de la ley cuales son la existencia de multiplicidad de regímenes especiales y la excepcionalidad de la licitación pública como mecanismo de selección de los contratistas del Estado, agravándolos, incluso, al excluir nuevas entidades y actividades del régimen general establecido en la ley 80 de 1993 y propiciar que un mayor número de procesos de contratación se mantengan ocultos a los potenciales proveedores y a la ciudadanía.

Para evitar esto, ya desde hace algún tiempo algunos sectores han propuesto la inclusión de un principio básico en el estatuto, según el cual toda entidad que maneje recursos públicos debe estar sujeta al estatuto general de contratación. En los casos en los cuales, debido a la naturaleza y funciones de la entidad esto no sea posible, las adquisiciones de bienes y servicios que realicen estos organismos deben observar, como mínimo, principios de selección objetiva y de publicidad, y aplicar lo dispuesto por la Constitución Política en cuanto a los principios de la función administrativa.

En el escenario esperado por la opinión pública, la reforma a la ley 80 de 1993 corregiría errores del estatuto de contratación aumentando la transparencia y disminuyendo los riesgos de corrupción. Sin embargo, se abre paso otra posibilidad: que la reforma aprobada no remedie los aspectos críticos del estatuto, y que por el contrario cree nuevos riesgos de corrupción. Analizando el texto que se someterá al debate final, es posible prever que se solucionen algunas falencias de la ley, pero que se incluyan normas que puedan crear nuevos riesgos de corrupción. Por ello, la discusión sobre el sistema de contratación pública en Colombia en el inmediato futuro debe incluir alternativas diferentes a la modificación de textos legales, que permitan, con las herramientas disponibles en el momento, paliar los efectos negativos de algunas de las disposiciones que se lleguen a aprobar, e implementar los aspectos positivos de la nueva ley.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Ibid, pags 10 y 11.

5. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El presente capítulo se encuentra estructurado en tres partes que permiten tener una visión en conjunto acerca del tema y el sustento jurídico. Se inicia con los antecedentes, luego, un cuadro de sinopsis del desarrollo normativo y finalmente, la ley 80, por la cual se establece el Nuevo Estatuto General de Contratación Pública y sus decretos reglamentarios: Decreto 679 de 1994, Decreto 855 de 1994, Decreto 856 de 1994, Decreto 287 de 1996, y, Decreto 2170 de 2002.

EVOLUCION SOCIAL Y JURIDICA DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA.¹⁸¹

Entre los pueblos antiguos con un gran nivel de progreso se encuentra el Fenicio donde cada una de las ciudades a lo largo de la costa era un Estado independiente bajo el mando de un rey, usualmente con un consejo de dignatarios a su lado, quien era realmente un príncipe mercader, pues las ciudades se fundaron para el comercio internacional y vivieron de él. Entre los Fenicios y los Egipcios hubo una relación estrecha en el comercio de maderas para los templos de Egipto porque dichas especies no crecían en las orillas del Nilo.

En el sur de Mesopotamia hacia el siglo 3000 a.C., la civilización Sumeria estaba plenamente formada. Los pueblos estaban unidos por la fuerza de un rey que después de muerto causó que las antiguas ciudades-Estados que estaban unidos por sus fueros se dividieran en una serie de pequeños reinos cada uno bajo la protección de su Dios local. Las guerras entre vecinos se dieron fundamentalmente por disputas sobre derechos al agua o por territorios rodeados por un complejo sistema de canales.

En Egipto la capital era la residencia del Faraón y todo lo ascendía hacia él. Allí no

¹⁸¹ CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique, Celebración y Ejecución de Contratos Estatales, Fines de la Contratación, Ediciones ECOE, Bogotá D.C. Colombia, pág 35.

hubo nada de organización Municipal que atrajera la fidelidad de los habitantes o creara interés en el gobierno que es el punto esencial para fomentar el espíritu cívico.

El surgimiento, entonces, del derecho y su verdadera naturaleza solo puede comprenderse por la presentación formal de sus dogmas en la forma de un código, sin embargo, los códigos antiguos no eran una codificación de las leyes del país sino redacciones parciales basadas en la práctica o el precedente antiguo.

Por eso el código del Monarca Babilonio Hammurabi, datado en 1.753 a.C., contiene actualizaciones de otras formulaciones jurídicas antiguas, que buscan perfeccionar las normas ya vigentes. No obstante la importancia de Hammurabi los historiadores jurídicos dicen que el primer legislador stricto sensu fue Urnammu de la dinastía III de Ur. Así mismo Harmahabi, gobernante Egipcio, expidió normas para una reforma de la administración todas ellas encaminadas a combatir las extorsiones de las autoridades fiscales y administrativas sobre los mas pobres; en otros terminos Harmahabi no cambio el código original, sino que meramente cambio sanciones por infracciones que de él se cometían y de los cuales mas de la mitad eran sin precedentes, por lo que se declaro exento del impuesto de la renta los salarios de los jueces locales a fin de que ya no tuvieran excusa para enriquecerse ilegalmente.

Los primeros códigos regularon los términos de los contratos de tipo mercantil, que en ocasiones no se ajustaban a las figuras que se incluían en los códigos de Monarca; es manifiesto que los mercaderes estaban en libertad de convenir sus propios arreglos, de fijar sus propias tarifas de arriendo, y de establecer con sus trabajadores los salarios que debían ser pagados.

Si bien los códigos tenían varias estipulaciones, los delitos mas graves eran los cometidos contra el Estado y los Dioses, que, de acuerdo con la opinión antigua

eran una sola y misma cosa.

El código Hammurabi se encontró en unas excavaciones arqueológicas en Susa a orillas del río Karpep en suroeste de Irán, el texto literario es el que corresponde al lenguaje popular entonces en uso que era el arcadio, pero los historiadores expresan que el lenguaje es el Babilonio antiguo el número apropiado de Art. es de 282 esto porque algunas cláusulas aparecen borradas. Ej. de cláusulas del código son “30.06. si el señor 30.06 roba la propiedad religiosa o estatal ese señor será castigado con la muerte. Además, el que recibió de sus manos los bienes robados () castigado con la muerte.” O, igualmente:” (95) Si un mercader ha prestado granos y plata con interés, sin testigos ni contrato perderá cuanto presto”.

Cuando un crimen ocurre en la vecindad de una villa o aldea puede exigirse a la comunidad que pague una indemnización.

El derecho antiguo, sin embargo, determinó algunos de los elementos que conocemos en el mundo moderno: que el derecho tiene una base moral, que es función del Estado asegurar por ley el mantenimiento del orden dentro de su jurisdicción, y la equidad y los tratos justos entre sus ciudadanos, que el interés común debe ser conciliado con los derechos del individuo, que el castigo que impone el Estado no es por causa de la vergüenza sino por la necesidad de remediar el daño causado y reestablecer el equilibrio en la sociedad.

En el antiguo Egipto los alcaldes o gobernadores de las villas mayores y los escribas y magistrados de los centros pequeños actuaron tanto de administradores como de autoridades judiciales de sus distritos. Un hombre que perdía su pleito podía apelar al gran tribunal, al mismo Faraón como la fuente última de la ley.

Aun antes del hundimiento de la III dinastía de Ur se habían creado tribunales provinciales de justicia presididos por un civil, el alcalde de la localidad, (rabianu)

con quien colaboraba una asamblea de notables (shibuti). Bajo los reyes semitas de isin y larsa, el alcalde se hizo mas poderosos y la tendencia se centro aun mas bajo Hammurabi de Babilonia.

Uno de los aspectos cruciales de los pueblos antiguos era la guerra en el II milenio a.C., como en tiempos posteriores, ningún gobernante podía admitir que la declaración de guerra se debía a su capricho personal. La guerra era asunto de los Dioses y era el Dios del propio país quien declaraba la guerra al Dios de otro.

Igualmente en el derecho internacional se establecieron formas para los contratos que, como el derecho Publio debía ser puesto por escrito y debía ser jurado por las partes interesadas en presencia de testigos divinos. En el mundo antiguo uno de los primeros idiomas del derecho internacional era e arcadio en escritura cuneiforme, que empleo inclusive la chancillería de Egipto, aceptándolo como lenguaje diplomático.

Tributación y Contratación.¹⁸²

Las ciudades estado se organizaron como formas políticas avanzadas y los tributos se hicieron mas sofisticados, hasta grabar el comercio, la tierra y los servicios de los profesionales. Las tributaciones se han usado, fundamentalmente, para garantizar el reparto de la riqueza y ejecutar obras que mejoren las condiciones de vida de las personas que forman parte de una comunidad determinada.

As comunidades indígenas de nuestras tierras no eran ajenas a este sistema de tributos, pues los súbditos los pagaban al soberano en especie, pero el monto variaba de uno a otro cacicazgo. Se cobraba en frutos de la tierra, animales de caza y mantas. Quienes no cumplían con sus obligaciones eran condenados incluso a la horca o los empalaban. Los actos de fuerza para el cobro de los tributos dieron origen a muchas revueltas e insurrecciones en América hispana,

¹⁸² Ibid, pag 38

pero especialmente generaron el movimiento comunero, una de las causas remotas de la independencia.

En la declaración de independencia de los Estados Unidos también los colonos alegaron la creación de nuevos impuestos y el envío de funcionarios que acosaban a los ciudadanos para comerse su hacienda. Luego, en la Declaración de Derechos de Virginia exponían que la comunidad no podía ser sometida a tributación, ni privados sus miembros de su propiedad sin su consentimiento o el de sus representantes elegidos. En la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, expedida por los dirigentes de la revolución francesa, se afirma: “Art. 13 – para la manutención de la fuerza pública y los gastos de administración es indispensable una contribución común; ella debe repartirse igualmente entre todos los ciudadanos en razón de sus facultades. Art. 14 – todos los ciudadanos tienen derecho de hacer constar o pedir razón por sí mismos o por sus representantes, de la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de saber su empleo, y de determinar la cuota, el lugar, el cobro y la duración. Art. 15 – la sociedad tiene derecho a pedir cuenta de su administración a todo agente público”.

Y el memorial de agravios, cuyo autor fue don Camilo Torres, se le recrimina a la madre patria porque “ellos no ven criar a sus hijos sin educación, sin letras y cerrados para ellos los caminos de la gloria y la felicidad. Su mesa se cubre de los mejores manjares que brinda el suelo; pero no saben las exacciones que sufre el indio, condenado a una eterna esclavitud ignominioso tributo que le impuso la injusticia y la sinrazón”

A todos estos sucesos se sumó la inestabilidad de la corona española cuya constitución de 1812 fue derogada en 1814; reestablecida en 1820, después del pronunciamiento de Riego, fue nuevamente derogada en 1823 restaurada en 1836, después del motín de la granja, fue sustituida el año siguiente por la de 1837. Durante parte de ese tiempo el país estuvo ocupado por los franceses, los españoles sufrían los efectos de la guerra y el rey no era el protagonista de primera línea.

Contrato Administrativo y Autonomía de la Voluntad.¹⁸³

Alcanzada la independencia del Estado Colombiano organizo sus instituciones, pero solamente hasta el siglo XIX se introdujo a nuestra sociedad el tema de la contratación administrativa, pues el concepto de contrato estaba tomado de la legislación romana y del código civil de napoleón de 1804 donde el elemento esencial era la autonomía de la voluntad.

En el derecho romano se distinguieron cuatro clases de contratos según las formalidades que deben acompañar a la convención:

1. Los contratos verbis, que eran formados mediante palabras solemnes.
2. Contratos litteris, formado por los textos escritos.
3. Contratos re, formados por la entrega de las cosas al comprador
4. Contratos solo consenso, formados por el acuerdo entre las partes.

El código civil de napoleón encuentra su antecedente mas lejano en la codificación de Justiniano, el corpus iuris civilis, preparada por el emperador romano en Constantinopla, entre los años 529-533 o 535 pero mas concretamente en las instituciones de Gallo y Justiniano, de donde recoge su ordenación sistemática.

Pero el origen del principio de autonomía de la voluntad se le atribuye a la escuela francesa del siglo XVI, en especial al jurista Charles Dumolin. Este principio se fundamenta en que, “la independencia y la libertad del individuo no puede limitarse mas que por su sola voluntad”. Una de las restricciones al principio de la autonomía de la voluntad es de orden público que comprende “todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interes superior de la colectividad o de la moral social”

La autonomía tampoco puede alegarse para hacer fraude a la ley, como cuando maliciosamente se designa una norma entre las partes, con la finalidad exclusiva

¹⁸³ Ibid, pag 39

de eludir la ley que debe regir las relaciones por resultarles aquella mas beneficiosa, o con el fin de afectar a terceros.

Este recuento histórico es importante para que todos sepamos que la tributación, que se convierte en apropiaciones presupuestales, con las que se celebran los contratos, ha sido causa de sacrificios, guerras y revoluciones. Por ello dichos recursos son sagrados y no pueden desviarse a satisfacer intereses personales, sino los fines estatales que interesan a toda la comunidad.

El fallo Blanco se erige como el primer pronunciamiento de la jurisprudencia en la aplicación del derecho administrativo a las relaciones entre los particulares y el estado, por la responsabilidad en que puede incurrir por los daños causados a sus subditos. En este caso una niña fue atropellada y herida por una vagoneta de la empresa tabacalera y el conflicto se llevó ante los tribunales ordinarios. Como consecuencia de la decisión se concluyo que los litigios sustraídos del conocimiento de los tribunales ordinarios no deben ser decididos en función de los textos del código civil.

La contratación en Colombia¹⁸⁴

En Colombia la contratación pública se desarrollo con base en las normas civiles, si tenemos en cuenta que en la ley 153 de 1887 artículo 80 se le dio la calidad de personas jurídicas a la nación, los departamentos y los municipios. Las personas jurídicas según el artículo 633 del código civil son aquellas capaces de “ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”

La ley 153 de 1909 autorizo la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos celebrados por la administración pública, dotando de una facultad excepcional a los funcionarios competentes para dar por terminados unilateralmente los contratos, con fundamento en causales señaladas en la misma

¹⁸⁴ Ibid, pag 40

ley o en los acuerdos de las partes. El gobierno en la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en ley 80 de 1993 afirma, sin embargo, que la caducidad estaba incluida en el código fiscal de 1873.

En la ley 110 de 1912 se hizo obligatorio el acuerdo de la caducidad para los contratos de obra pública y de prestación de servicios, ampliándose por la ley 167 de 1941 a los contratos de explotación de bienes del estado y asigno al consejo de estado la revisión de los contratos administrativos.

Después de la expedición de las normas aisladas, sin conexión sistémica con el tema de la contratación, con base en las facultades de la ley 28 de 1974 se expidió el decreto 1670 de 1975, cuya vigencia fue de un año, siendo reemplazado por el decreto 150 de 1976. Estas dos normas fueron las primeras codificaciones importantes de la contratación pública. La clasificación de los contratos como administrativos se dio con fundamento en la inclusión de la cláusula de caducidad, lo que permitió hablar de contratos administrativos y contratos privados de la administración, dando lugar a regímenes jurisdiccionales diferentes.

Los tratadistas coinciden en afirmar que la ley 19 de 1982 recoge la evolución de la contratación en Colombia, que se desarrolla a través del decreto 222 de 1983, para otros , el estatuto es importante porque quita la discrecionalidad arbitraria a los funcionarios competentes para adjudicar y los obliga a pondera los criterios de adjudicación.

La expedición de los estatutos de contratación a buscado la transparencia y la moralidad, pero con todas las normas a ocurrido lo mismo: terminan siendo un obstáculo para los gobiernos, lo que lleva a cada dependencia a que busqué la forma de eludir las licitaciones para acudir a la contratación directa, única forma que aceptan todos los funcionarios como rápida y económica para los interés públicos. Los requisitos que se exigen para tramitar una licitación se vuelven engorrosos y las administraciones claman por su eliminación.

Lo que no se pone en evidencia es que en el fondo lo que quiere cada gobierno es pagar a sus amigos los favores de las campañas políticas, pues cada autoridad elegida cree que el tesoro público es una hacienda particular que se administra a favor de los amigos. Hay mucha hipocresía y pocas acciones a favor de la moral pública porque, en el fondo, todo el mundo, tanto en sector público como en el privado, se beneficia de la corrupción. Siempre hemos escuchado las frases de Sor Juana Inés de la Cruz quien afirmaba: “a cual es mas de culpar, aunque cualquiera mal haga, si el que peca por la paga o el que paga por pecar”

En el mundo contemporáneo los medio de comunicación han adoptado una postura de defensa de la moral publica, peor lamentablemente algunos de ellos son silenciados por la muerte o desaparición de sus periodistas o por la “gran pauta publicitaria” que se les adjudica a dedo. Uno de los mecanismos para garantizar la moralidad pública seria la adjudicación de todo tipo de pauta publicitaria mediante licitación o concurso público, para que se compita por ella en igualdad de condiciones y, de esa manera, quienes no resulten beneficiados van a controlar a los que mandan.

Ningún aviso debería publicarse por parte de la administración en los diarios nacionales, regionales o locales, sin el tramite previo a una convocatoria pública que contribuiría a fijar, incluso un preciosas bajo. La moral pública es un valor de la sociedad y no un elemento para juzgar o acusar a las personas a las que se les esta haciendo oposición.

La pauta publicitaria que se entrega en Colombia por parte del sector público y privado cada año es superior a los dos billones de pesos, suficiente para corromper a cualquiera. El autor a conocido casos de medios que no publican criticas a la mala calidad de los productos de sus anunciantes o que exaltan a una administración mediocre a cambio de pauta publicitaria durante su mandato.

La contratación pública es una de las actividades más notorias de una administración nacional que, como en el caso colombiano, se adjudican mediante contratos más de \$32 billones del total del presupuesto, sin contar los presupuestos de las entidades territoriales o de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.¹⁸⁵

Los contratos administrativos, remontan su origen a la formación del Derecho Administrativo, los actos administrativos y la jurisdicción contencioso administrativa. Esto nos permite decir, que si bien es cierto encontramos antecedentes de dichas instituciones en épocas como la griega, la romana, el feudalismo, la monarquía; es a partir de la Revolución Francesa, donde se empiezan a mostrar con un acentuado grado de claridad, como consecuencia de principios como el de legalidad y la separación de poderes, que dejan ver un Estado de Derecho marcadamente estructurado; el cual, dentro de sus actividades desarrolla una de especial importancia, como lo es la de celebrar contratos para poder alcanzar las finalidades propuestas.¹⁸⁶

En efecto no se puede separar la formación del Derecho administrativo y el origen de los Contratos Administrativos, ya que la existencia de estos, está determinada por el derecho al cual pertenecen y por la jurisdicción que va a conocer de los conflictos surgidos de tal actividad.

El contrato público es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico exorbitante del Derecho privado que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración. El concepto de

¹⁸⁵ GUECHA Ciro, *Los Contratos Administrativos*, pag 3

¹⁸⁶ Finalidades que en un momento dado se identificaron con la actividad de servicio público, aunque esto fuera inexacto, como lo plantea JEZE, Gaston. *Derecho Administrativo*, traducción de la 9ª edición, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág 127, en *Ibid* pag 4

contrato público, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho privado, pero al ser el Estado (o una de sus Administraciones) una de las partes del mismo, tiene características propias. Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el Derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. Ahora bien, es la Ley la que define que se entiende propiamente por órgano estatal, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de Derecho público interno. Una causa adicional de la trascendencia del contrato administrativo, proviene de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario. El contrato administrativo es entonces una de las técnicas de colaboración de los administrados con la administración. El contratista, no obstante que pretende un beneficio económico, obtiene dicho beneficio cumpliendo con la tarea de coadyuvar al cumplimiento de cometidos públicos por parte del Estado.¹⁸⁷

Siguiendo la definición general de contrato del *Maestro Ospina Fernández* se puede decir que el Contrato Administrativo es el acuerdo de voluntades –en el que al menos una de las voluntades involucradas proviene de una de las entidades mencionadas en el art. 2 núm. 1 de la Ley 80- directa y reflexivamente encaminado a producir efectos jurídicos (obligaciones en general) y teniendo como causa la satisfacción, directa o indirecta, del interés público.¹⁸⁸

¹⁸⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_administrativo

¹⁸⁸ <http://hasp.axesnet.com/contenido/documentos/Contrataci%C3%B3n%20Estatal%20L.ppt> diapositiva 18

FORMA DEL CONTRATO ESTATAL.¹⁸⁹

Los contratos que celebran las entidades estatales se celebraran por escrito. Es decir, no hay contratos verbales. La administración pública debe contratar observando unas formalidades, caso contrario no se podrán pagar las obligaciones que puedan derivarse de una orden o compromiso irregular. Cuando la administración a través de sus funcionarios ordena a un contratista que construya una obra o preste un servicio, pero no dispone de las apropiaciones presupuestales o prescinde de las formalidades legales, los reconocimientos deben hacerse previa conciliación ante Procuradores Judiciales con aprobación de los jueces o tribunales administrativos.

En todos los casos de contratación la orden debe darse por escrito, y cuando no se elabore un contrato con todos los pormenores, donde se incluyan las cláusulas que son de la esencia o de la naturaleza del contrato, se debe, por lo menos, definir de manera clara el objeto, el valor del contrato, la apropiación que se afectara, y se hará el registro respectivo, para que los recursos no sean destinados en otro objeto posteriormente.

El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que esta no será destinada a ningún otro fin. (Art. 19 inciso 1 Decreto 568 de 1996).

Por su parte el contratista debe manifestar en el escrito de aceptación que no será incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Solamente podrán celebrarse contratos sin formalidades plenas en los casos autorizados por las disposiciones vigentes, cuando no se superan las cuantías establecidas en el artículo 39 de la ley 80 de 1993 o normas que lo modifiquen. Las ordenes que contengan mandatos de prestar un servicio o ejecutar una obra debe ser previo, nunca posterior. Es útil formas continuas diseñadas para ordenar gastos, porque

¹⁸⁹ Ibid, pag 16

esto evita variaciones sustanciales en la manera de acordar los términos de la relación contractual con los proveedores.

En los casos de situaciones de urgencia manifiesta, que no permitan la suscripción de un contrato escrito se prescindirá de este y aun del acuerdo sobre la remuneración, pero deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad contratante.

El funcionario autorizado para celebrar contratos no puede prescindir de los textos escritos. Aun cuando se halle frente a un caso de urgencia manifiesta, pues como puede verse sino existe contrato debe dejarse una constancia escrita de la orden, lo cual parece significar lo mismo. La omisión del escrito puede llevar a las autoridades judiciales a calificar el contrato como inexistente. Aquí vale la pena anotar que el refranero popular dice que “no por mucho madrugar amanece mas temprano” lo cual nos esta indicando que es mejor acordar los mas mínimos detalles del objeto, de las obligaciones de las partes, y del valor aproximado, para que después no resulte comprometido en una investigación innecesaria.

La tecnología del mundo moderno no justifica ninguna orden en contra de la ley que manda celebrar los contratos por escrito, pues incluso se cuenta con ordenadoras e impresoras de mínimo tamaño que pueden llevarse de un lado a otro, para cumplir dichas exigencias. Allí pueden guardarse los modelos o minutas de contratos para todo tipo de situaciones, incluso las de urgencia manifiesta. No hacerlo constituye falta de previsión y negligencia, que después se pagan muy caro ante los organismos de control y la fiscalía. Todos los formatos de contratación pueden bajarse de Internet.

Un contrato con formalidades plenas es un escrito, donde consta el acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista y que contiene todas las menciones que se usan en este tipo de documentos, como la representación legal, el objeto detallado en forma técnica, el valor con la forma de pago, esto es, si el

bien o el servicio se paga por anticipado o se paga un anticipo, las obligaciones de la administración y las obligaciones del contratista, los casos en que se aplicaran los poderes excepcionales de la administración, la forma como debe constituirse la garantía, la como se celebraran los subcontratos, el domicilio contractual, la forma de solucionar las controversias y las demás cláusulas que sean pertinentes para que el objeto contractual se efectuó adecuadamente.

En los contratos podrán incluirse todas las estipulaciones que permitan la autonomía de la voluntad, las normas civiles, las comerciales y las previstas en la ley 80 de 1993. Fundamentalmente la entidad contratante debe procurar el cumplimiento de los fines estatales, es decir, los definidos en el Art. 2 de la constitución Política, como promover la prosperidad de todos, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de los habitantes del territorio, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Estos fines se concretan en los programas del plan de desarrollo y se hacen efectivos mediante la inversión de las apropiaciones presupuestales que se incorporan al presupuesto de rentas y gastos de cada vigencia fiscal. Para que los programas beneficien a la comunidad se contratan obras y servicios, que se entregan para el servicio público.

Los contratos pueden tener todas las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, pero que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, la buena administración y los principios y finalidades del estatuto general de contratación.

En los contratos deben distinguirse los requisitos para el perfeccionamiento y los requisitos para su ejecución. El contrato se entiende perfeccionado cuando hay acuerdo entre las partes sobre el objeto y la contraprestación y esa voluntad se lleva un texto escrito, además, cuando se haya realizado el registro presupuestal.

Para la ejecución del contrato es necesario constituir la garantía, aprobarla mediante acto o resolución que debe contener el nombre del asegurador, del asegurado, la vigencia, el amparo, el monto y las demás exigencias que se hayan hecho en la invitación directa, en los términos de referencia o en los pliegos. Además, que existan disponibilidades presupuestales que garanticen posteriormente el pago de las obligaciones.

Es importante aclarar que las disponibilidades son requisito de ejecución en la contratación directa, pero en las licitaciones públicas dichas apropiaciones deben autorizarse antes de expedir la resolución de apertura (Art. 30 numeral 1 ley 80 de 1993), la disponibilidad debe estar ajustada al presupuesto y la ley de apropiaciones según sea el caso.

El registro presupuestal es el requisito de perfeccionamiento de los contratos y su omisión imposibilita su ejecución. En cambio el certificado de disponibilidad presupuestal no es requisito de perfeccionamiento ni de validez del contrato y en consecuencia, su omisión no genera ni la inexistencia ni la nulidad del mismo. La falta de disponibilidad presupuestal solamente genera responsabilidad disciplinaria y pecuniaria. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación 12846-2005).

PRINCIPALES CONTRATOS ESTATALES.¹⁹⁰

La ley 80 de 1993 se detiene a definir los contratos de obra, consultaría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. En todos los demás casos el operador jurídico de los contratos deberá remitirse al derecho privado, a las disposiciones especiales sobre contratos y a las demás normas que regulen actos jurídicos generadores de obligaciones o que permita la autonomía de la voluntad.

El estatuto general de contratación de la administración pública no limita a los

¹⁹⁰ Ibid pag 20

funcionarios competentes para celebrar contratos, por el contrario, dentro del universo contractual, se pueden escoger aquellos que mas se ajusten a las necesidades de la administración. Así, por ejemplo, el derecho moderno se refiere a los contratos electrónicos, la franquicia, el factoring, las alianzas estratégicas, los joint venture, el leasing, y las demás normas que de una u otra manera establecen relaciones entre personas naturales, entre personas naturales y jurídicas, entre personas naturales y jurídicas y el Estado.

Nada limita la creatividad humana para contratar siempre que el funcionario se mantenga dentro de los límites constitucionales y legales o respetando los principios de la recta administración. Una referencia clara de las normas se pueden aplicar y consultar por remisión son las civiles y comerciales como lo expresa el Art. 13 de la ley 80 de 1993. Incluso pueden celebrarse contratos en el exterior para que se ejecuten en Colombia, caso en el cual se registrarán por las normas nacionales colombianas.

Si la administración logra conseguir créditos de organismos internacionales para financiar obras locales, los contratos pueden ser adjudicados, ejecutados y cumplidos conforme a los reglamentos de tales entidades. Es decir, en esos casos dentro del contrato de empréstito se acordaran las reglas que regirán el procedimiento contractual.

Habrán entonces, contratos típicos y atípicos, que pueden ser celebrados para cumplir los fines estatales, especialmente para dotar de bienes y servicios a la población más vulnerable, que presenta necesidades básicas insatisfechas y para promover condiciones especiales de desarrollo social o económico en sectores o regiones determinadas.

La ley 80 de 1993 autoriza la celebración de todo tipo de contratos, no interesando su denominación, incluso careciendo de ella, siempre que la relación jurídica tengan como finalidad satisfacer el interés de la comunidad. Uno de los elementos característicos de la ley 80 de 1993 es la innovación y la asignación de responsabilidades a los funcionarios competentes para contratar.

El contrato estatal, entonces, puede tener presentaciones diversas, con

formalidades plenas o no, pero lo básico es el acuerdo de voluntades sobre el objeto y el precio del mismo, documentando el trato entre las partes, aun cuando se diga en casos excepcionales como la urgencia manifiesta, que el precio puede ser objeto de acuerdo posterior.

Celebrado el contrato solamente puede ser invalidado por las partes o por causas legales. Las partes pueden deshacer el contrato, determinando la forma como quedan a paz y salvo, o pueden acudir al Juez del contrato para que este decida sobre la existencia o validez del mismo.

De manera que, el estatuto contractual de la administración pública, define los contratos estatales como:¹⁹¹

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”

También se encarga de clasificarlos así:

1. Contrato de obra.¹⁹²

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 de la ley 80 de 1993.

¹⁹¹ LEY 80 DE 1993, (Octubre 28), Art. 32, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

¹⁹² Ibid

El contrato de obra pública es usado para favorecer en forma particular a los contratistas amigos de los funcionarios, se somete a prácticas ilegales, como partir el objeto de los contratos o crear apropiaciones con valores bajos para evadir la licitación pública y, en casos extremos, se falsean los precios poniendo en el mismo un excedente para repartir. Tales prácticas son repudiables, pues disminuyen los porcentajes de inversión en obras sociales. En los proyectos de presupuesto deben incluirse las apropiaciones que permitan la ejecución total del contrato de obra incluyendo el mantenimiento. Así lo establece el Decreto 111 de 1996:

“ARTICULO 17. PROGRAMACION INTEGRAL. Todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes...”

El contrato también es usado para eludir la licitación pública, cuando se parte el objeto de los contratos, sin justificación técnica o económica alguna, por ejemplo, cuando las apropiaciones para construcción o mantenimiento de vías, se parten para adjudicar directamente 15 o más contratos, que se asignan a los amigos de los Congresistas, Diputados o Concejales de las coaliciones que se forman para apoyar a la administración. En este caso se viola el Art. 24 numeral 8 de la ley 80 de 1993.¹⁹³

2. Contrato de Consultoría.¹⁹⁴

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría,

¹⁹³ CAMPILLO PARRA, Op Cit, pag 21

¹⁹⁴ LEY 80 DE 1993, (Octubre 28), Art. 32, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus ordenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

Normatividad del contrato de consultoría.¹⁹⁵

- *Ley 1150 de 2007, ARTÍCULO 2. De las modalidades de selección.*

(...)

3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este ultimo caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.

- *Decreto 066 de 2008, Artículo 54. Aplicabilidad del concurso de méritos.*

Para la selección de consultores o proyectos a que se refiere (...) las entidades estatales utilizarán sistemas de precalificación,(...). Son objeto de selección mediante concurso de méritos con precalificación, los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En ningún caso el precio de la propuesta constituirá factor de escogencia en la selección.

¹⁹⁵ <http://revistaing.uniandes.edu.co/pdf/FELIPEDEVIVERO.pdf?ri=eae212a9b1ee48b595e454c36721f3c2> , Diapositivas 5 y 6.

Si el objeto contractual a adquirir es de tipo complejo, (...) que involucre además de servicios de consultoría, otras prestaciones, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la selección deberá adelantarse mediante licitación pública o selección abreviada, (...)

Parágrafo 1°. Por labores de *asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión* (...) entiéndase las llevadas a cabo *con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones* de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003.

- *Ley 80 de 1993, ARTICULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES.* Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

- *Ley 80 de 1993, ARTICULO 56. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES QUE INTERVIENEN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.* Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las

entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

- *Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria:*“Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.

(...)

b) En el artículo 56 de la ley 80/93, se adiciona la regulación de la responsabilidad en materia penal del contratista, el interventor, el consultor y el asesor, cuando al asimilarlos a ‘particulares que cumplen funciones públicas’, se les sujeta ‘a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos’.”

- *Sentencia 326 de 1997 Corte Constitucional:* Los contratos de consultoría se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, mientras que los de prestación de servicios sólo con personas naturales. El objeto de los primeros no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, con ellos la administración contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de sus actividades; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas; mientras en los contratos de prestación de servicios el contratista, asume funciones o tareas relacionadas con la entidad, que no puede realizar el personal de planta.¹⁹⁶

¹⁹⁶ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/listados/tematica2.jsp?subtema=2870>

- *Concepto 51797 de 2001 Secretaría Distrital de Hacienda:* Frente al contrato de consultoría la base gravable para la liquidación del impuesto es el valor total de la remuneración que perciba el responsable por el servicio prestado y en forma alguna podrá tomarse la utilidad como valor referido para calcular el impuesto. Doctrinariamente se entiende que cuando se hace referencia al valor total de la operación o valor del contrato debe entenderse que éste incluye el valor del impuesto sobre las ventas generado, salvo que este se excluya expresamente.¹⁹⁷
- *Radicación 1439 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil:* Si técnicamente se determina que en un contrato estatal las fallas o errores en los diseños son imputables al consultor contratado y no a las deficiencias en los términos de referencia con los que se celebró el contrato de consultoría, la administración deberá llamarlo a responder por los perjuicios que se deriven de sus actos, hechos u omisiones. La responsabilidad del consultor se predica en razón a las obligaciones y a su rol dentro de la actividad contractual, ya que de la diligencia y cabal cumplimiento del contrato de consultoría depende la estructuración del pliego de condiciones que rige la contratación.¹⁹⁸
- *Decreto 2025 de 2009 Nivel Nacional:* Modifica el art. 52 y 54 del Decreto 2474 de 2008, reglamentario de las modalidades de selección en la contratación pública, respecto de los contratos de consultoría.¹⁹⁹

3. Contrato de prestación de servicios.²⁰⁰

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales

¹⁹⁷ Ibid

¹⁹⁸ Ibid

¹⁹⁹ Ibid

²⁰⁰ LEY 80 DE 1993, (Octubre 28), Art. 32, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Con este tipo de contrato el Presidente, Alcalde o Gobernador, que llega a la administración y no tiene suficientes puestos para dar a los amigos que le ayudaron en elecciones, se inventa los contratos de prestación de servicios para objetos que nada tienen que ver con el programa de gobierno. Todos los contratos deben ser asignados objetivamente. Los contratistas deben cumplir con el acuerdo, presentar informes de su gestión, demostrar idoneidad y responder por la ejecución del objeto pactado. No pueden ser encargados de ordenar gastos, ni de controlar personal de la entidad. No cumplen horario y no tienen dependencia funcional a la administración.

Para ejecutar estos contratos lo primero que debe hacerse, es pedirle a la Oficina de personal, un certificado donde conste que el número de puestos es insuficiente y que la persona que se va a vincular es idónea para el trabajo que se requiere. Mediante este tipo de contratos no se pueden nombrar asesores permanentes de la administración. Estos contratos se celebran por el término estrictamente indispensable, lo que debe quedar claro en el estudio de conveniencia y oportunidad.

Los nominadores pueden crear cargos de libre nombramiento y remoción con funciones de asesoría institucional, asistencial o de apoyo, siempre que no superen las apropiaciones anuales de los gastos de personal. (Art. 5 ley 909 de 2004). Si no tienen disponibilidad presupuestal, pueden suprimir algunas de las vacantes de los cargos de carrera y hacer los traslados presupuestales respectivos.

Es falta gravísima “Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales” (Art. 48 numeral 29 ley 734 de 2002).

Si se celebran contratos de prestación de servicios violando lo dispuesto en las leyes 617 de 2000 y 715 de 2001 el servidor publico que lo haga responderá fiscalmente. (Art. 13 ley 819 de 2003).

La Constitución Política dice en el artículo 122 que los empleos públicos deben tener funciones detalladas en Ley por reglamento. La remuneración debe estar en el respectivo presupuesto y el cargo a proveer en la planta de personal. No pueden los servidores públicos ejercer el cargo sin prestar juramento y tomar posesión del mismo. Luego, los contratistas de prestación de servicios que cumplen el objeto del contrato como si estuvieran respondiendo por el ejercicio de funciones públicas violan la constitución. Las disposiciones constitucionales priman sobre las demás normas jurídicas (art. 4 Código Penal)

En el art. 13 del decreto 2170 de 2002 se incluyen elementos adicionales para la celebración de estos contratos pues el contratista debe demostrar por un lado la idoneidad y por el otro experiencia relacionada con el área de que se trate. No obstante que la norma excluye la obtención de varias ofertas, no puede olvidarse que la contratación directa obliga al cumplimiento de los principios de transparencia, economía y selección objetiva. La exigencia que se hace en las normas sustantivas no puede ser derogada por normas reglamentarias.

Los contratos que se celebren para apoyar la gestión de la entidad deben tener fines específicos, es decir, el objeto del contrato debe estar limitado a estos fines y dentro de las obligaciones se incluirá el detalle de los resultados esperados y, en caso de ser procedente la transferencia de tecnología como cuando se instalan equipos nuevo de hardware, plantas de tratamiento, equipos para exploración o explotación de bienes.²⁰¹

4. Contrato de concesión.²⁰²

²⁰¹ CAMPILLO PARRA, Op Cit, Pág. 23

²⁰² LEY 80 DE 1993, (Octubre 28), Art. 32, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Dentro de los tipos de concesiones tenemos: *CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS*, el Estado contrata una empresa para construir y operar un proyecto en un periodo determinado de tiempo, durante el cual, la empresa realiza las inversiones necesarias para la construcción y el mantenimiento del proyecto. La empresa recupera la inversión a través del cobro de peajes; *BOT (BUILD, OPERATE AND TRANSFER)*, la empresa financia, construye y opera el proyecto, el cual genera rentas que cubren los costos operacionales y de inversión. En una fecha predeterminada, la empresa transfiere (revierte) la propiedad a la Nación. *BOO (BUILD, OWN AND OPERATE)*, el sector privado es el responsable de la financiación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto y el público es el dueño de la infraestructura; y *BLT (BUILD, LEASE AND TRANSFER)*, es el mismo concepto de BOT pero la financiación se hace a través de leasing.

Cuando se trata de proveer servicios públicos, el Estado confiere el derecho a través de un contrato o una licencia. En los contratos de explotación o concesión se incluye una cláusula de reversión por virtud de la cual, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna; sin embargo, el tiempo por el cual se desarrolló el

contrato, implica grandes beneficios económicos para el contratista por la explotación del servicio.

Para la provisión directa del servicio, se contrata una empresa privada que opere una parte o la totalidad del servicio. Esta modalidad se utiliza para el suministro de agua, televisión, comunicaciones celulares, comunicaciones locales, generación y distribución de energía eléctrica, que tiene, al igual que en el anterior caso, grandes beneficios económicos para el contratista. También puede haber asociación entre privados con empresas del sector oficial para proveer servicios públicos, conformando asociaciones en las que el Estado no cede su interés en la empresa; aquí entra a jugar un papel importante la participación accionaria. Pero el caso más radical es la adquisición de empresas públicas, en la que inversionistas privados pueden adquirir una parte o la totalidad de la participación accionaria pública en empresas prestadoras de servicios, adquiriendo un paquete de acciones o activos importantes de la empresa, aquí es precisamente donde posibles contratistas extranjeros tienen sus ojos puestos, porque entran a jugar en condiciones monopolísticas y están dispuestos a incluir como gastos de negociación, grandes comisiones a los servidores públicos encargados de tomar la decisión de adjudicación.

La Ley 142 de 1994, establece el régimen aplicable a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, que se deberá tener en cuenta en la contratación que se realice en estas empresas del Estado. Cualquier persona que quiera ser prestadora de servicios públicos domiciliarios deberá constituirse en una sociedad anónima y someterse a un régimen especial contenido en dicha ley. Los aportes de la sociedad podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.

Las empresas de servicios públicos no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar, deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias necesarias para su funcionamiento, de acuerdo con la naturaleza de sus actividades. Por su

parte, la Ley 143 de 1994 establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

“Mediante un contrato de concesión, la Nación o cualquier de sus entidades territoriales podrá asignar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad mencionadas a una persona jurídica privada o pública ó a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente. El otorgamiento de la concesión se hará mediante oferta pública a quien presente las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios”²⁰³.

No obstante lo anterior, solamente podrán celebrarse los contratos de concesión en aquellos eventos en que como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista nadie dispuesto a asumir la prestación de este servicio público, punto de especial importancia para ser tenido en cuenta al ejercer el control anti corrupción.

La remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuales son fijadas de acuerdo con las disposiciones establecidas en dicha ley.

Se debe prestar atención a los contratos de concesión, puesto que ciertas prerrogativas pueden otorgar ventajas diferenciales a algunos privados en la participación en asuntos del Estado, que manejadas adecuadamente pueden conducir a un proceso contractual de calidad, o en caso contrario, con un inadecuado manejo conducirá inevitablemente hacia alguno de los factores de corrupción antes mencionados. Entre tales prerrogativas se puede encontrar que las empresas constituidas con posterioridad a 1994, con el objeto de prestar el

²⁰³ VILLAMIZAR, Juan Carlos. (2001). Poder político, legitimidad y corrupción. En: Economía colombiana y coyuntura política. N° 282. Bogotá, Contraloría General de la República.

servicio público de electricidad, las cuales no podrán efectuar más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización, actividad que puede realizarse en forma combinada con las actividades de generación o distribución. También esta la Ley 105 de 1993, que regula la operación del transporte público en el país, considerada como un servicio público, y será el Estado quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación, en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad; la misma norma, faculta a la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, que puedan otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Otra prerrogativa, especial a tener en cuenta en las concesiones, debido a la magnitud de los recursos que maneja en el régimen legal de exploración y explotación petrolera, que se desarrolla con la implementación de una nueva estructura orgánica de la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL S.A. y la creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos– ANH, como ente administrador de los recursos petroleros de la Nación, dando inicio a una nueva etapa para el desarrollo del sector de hidrocarburos en Colombia poniendo en marcha el nuevo régimen de contratación para la exploración y producción de hidrocarburos. Bajo el nuevo esquema, los inversionistas y ECOPETROL S.A. entran a competir en las mismas condiciones, sin que medie un contrato de asociación como se exigía anteriormente. El nuevo contrato tiene las siguientes características²⁰⁴:

- a) Es un contrato estatal con régimen especial, no sometido al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993.
- b) El contrato debe ser negociado y aprobado por la ANH²⁰⁵.

²⁰⁴ Decreto 1760 de 2003. por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.

²⁰⁵ ANH Agencia Nacional de Hidrocarburos

- c) El contratista asume el 100% de los programas de trabajo, activos, costos y riesgos.
- d) El contratista tiene total autonomía y responsabilidad operacional.
- e) El contratista tiene derechos sobre toda la producción, una vez hechos los descuentos por concepto de regalías, los cuales deberá poner a disposición de la ANH.

La ANH administra los recursos de la Nación, realizando un seguimiento a los contratos y administrando las regalías recibidas en virtud de los mismos. Para la asignación de áreas de exploración y explotación, el nuevo esquema permite una asignación directa, sin que necesariamente medie licitación para su asignación, desconociendo precisamente lo establecido por la normatividad vigente en materia de contratación, contraviniendo la selección objetiva definida en la Ley.²⁰⁶

5. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.²⁰⁷

Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso. Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley. Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su

²⁰⁶ TABORDA MERCHAN, Beatriz, “La contratación estatal”, Especialización en Gestion Publica, ESAP, 2009, Desquebradas Risarada, Pags 16 a 19.

²⁰⁷ LEY 80 DE 1993, (Octubre 28), Art. 32, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de ésta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias. La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley. So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

5.1 ANTECEDENTES

Se ha sistematizado en tres momentos o periodos los antecedentes de la contratación administrativa, tal como lo ha compilado Fátima Esperanza Calderón y otros en su obra “*análisis normativo, jurisprudencial y fáctico de la corrupción en Colombia 1991 – 2001*”.

- Primer periodo: comprendido desde la expedición de la Constitución de 1886 y el Decreto 528 de 1964. Se caracteriza por la abundante legislación en la materia; la cual se presenta en el cuadro 1 desarrollo normativo.
- Segundo periodo: está ligado a la expedición del Decreto Ley 528/64 y la Ley 150 de 1976. Surge de manera tangencial la doble clasificación de los contratos administrativos, se establece la competencia del juez ordinario en aquellos casos donde se tratara cuestiones puras de derecho privado. (véase cuadro 1).
- Tercer periodo: es considerado como el antecedente jurídico inmediato del Decreto 222 de 1983 y la Ley 19 de 1982, mediante el cual se faculta al Ejecutivo para reformar el régimen de contratación administrativa, estableciendo nuevos principios de la teoría de Contratación Administrativa y señalando los criterios para la reforma del decreto Ley 150 de 1976.

5.2 DESARROLLO NORMATIVO

El siguiente cuadro es una síntesis del desarrollo normativo acerca de la contratación.

Cuadro 1. Desarrollo normativo

Periodo histórico	Norma	Asunto
Primer Periodo	<ul style="list-style-type: none"> •Constitución de 1886 •Ley 153 de 1887 •Ley 53 de 1909 •Ley 110 de 1912 •Ley 65 de 1911 •Ley 61 de 1921 •Ley 116 de 1923 •Decreto Ley 911 de 1932 •Ley 2 de 1938 •Ley 167 de 1941 •Ley 4 de 1964 y 36 	<ul style="list-style-type: none"> •Constitución Política de Colombia. •Reforma el Código Civil •Cláusula penal y caducidad en los contratos de gobierno. •Código fiscal. •Procedencia de la licitación privada. •Establecimiento de la licitación Pública como regla para la adquisición de materiales y prestaciones de servicios en los sectores públicos. •Celebración de contratos en el tema de correos. •Certificado de reserva y subordinación de los pagos a las apropiaciones presupuestales. •Cláusula compromisoria. •Antiguo Código Administrativo. •Contratos de obra pública.

	de 1966	
Segundo Periodo	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto Ley 528 de 1964. •Decreto Ley 3130 de 1968. •Decreto 294 de 1973. •Ley 2 de 1973. •Ley 28 de 1974. •Decreto Ley 1670 de 1975. •Decreto Ley 150 de 1976. 	<ul style="list-style-type: none"> •Competencia para los litigios. Doble clasificación para los contratos administrativos. •Cláusula exorbitante. •Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación. •Facultades al ejecutivo para expedir el estatuto contractual. •Facultades al ejecutivo para expedir el estatuto contractual. •Establecimiento de criterios en materia contractual. •Establecimiento de criterios en materia contractual. Deroga el D.L. 1670.
Tercer Periodo	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 19 de 1982 	<ul style="list-style-type: none"> •Define nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976.

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto Ley 222 de 1983 •Ley 5 de 1992 •Decreto 777 de 1992 •Ley 80 de 1993 •Decreto 1421 de 1993 •Decreto 2251 de 1993 •Decreto 2681 de 1993 •Decreto 0094 de 1994 	<ul style="list-style-type: none"> •Por el cual se expiden normas sobre contratos de la nación y sus entidades descentralizadas. •Reglamento del Congreso, Senado y Cámara de Representantes. •Reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. •Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa. •Régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá •Por el cual se reglamenta parcialmente La Ley 80 de 1993 •Reglamenta parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas •Delega la facultad de celebrar a nombre de la nación las operaciones a que se refiere el decreto 2681 de 1993.
--	---	--

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 0095 de 1994 •Decreto 679 de 1994 •Decreto 313 de 1994 •Decreto 855 de 1994 •Decreto 856 de1994 •Ley 136 de 1994 •Ley 142 de 1994 •Ley 143 de 1994 	<ul style="list-style-type: none"> •Modifica parcialmente el artículo 2 del decreto 2681 de 1993. •Reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. •Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993. •Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. •Por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio. •Organización y funcionamiento de los Municipios. •Régimen de los servicios públicos domiciliarios. •Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.
--	--	--

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 1697 de 1994 •Decreto 1898 de 1994 •Ley 190 de 1995 •Ley 201 de 1995 •Decreto 194 de 1995 •Decreto 229 de 1995 • Decreto 1447 de 1995 •Decreto 1448 de 1995 •Decreto 1477 de 	<ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta el Servicio Postal. •Reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de concursos de intermediarios de seguros •Dicta normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. •Establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación. •Reglamenta la calificación en el Registro de Proponentes. •Reglamenta el servicio postal •Reglamenta la concesión del servicio de radiodifusión sonora en gestión directa e indirecta. •Por el cual se reglamenta la forma de otorgar las concesiones de algunos servicios de telecomunicaciones •Por el cual se reglamenta la Ley
--	---	--

	<p>1995</p> <ul style="list-style-type: none"> •Decreto 1550 de 1995 •Decreto 2150 de 1995 •Decreto 2326 de 1995 •Ley 270 de 1996 •Decreto 62 de 1996 •Decreto 287 de 1996 	<p>190 del 6 de junio de 1995 en materia de publicación de contratos en el Diario Único de Contratación Pública</p> <ul style="list-style-type: none"> •Por el cual se reglamenta parcialmente el manejo presupuestal de los recursos públicos a través de los negocios fiduciarios. •Suprime y reforma regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. •Reglamenta la Ley 80 de 1993 en cuanto a los Concursos para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos •Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. •Menor cuantía para la contratación pública. •Por el cual se reglamentan los artículos 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993.
--	--	---

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 2343 de 1996 •Decreto 165 de 1997 •Decreto 781 de 1997 •Decreto 92 de 1998 •Decreto 1436 de 1998 •Ley 489 de 1998 	<ul style="list-style-type: none"> •Por el cual se reglamentan las actividades y servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado (Trunking), se atribuyen las bandas de frecuencias de operación y se dictan otras disposiciones. •Disposiciones sobre reducción del gasto público en materia de contratos de asesoría y consultoría. •Autoriza una cobertura inferior a los mínimos propuestos para la garantía única en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994, reglamentario del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 •Reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes. •Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros. •Organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios
--	---	---

	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 598 de 2000 •Ley 599 de 2000 •Ley 610 de 2000 •Ley 617 de 2000 •Ley 689 de 2001 •Ley 715 de 2001 	<p>y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política</p> <ul style="list-style-type: none"> •Crea el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública •Código Penal •Establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. •Fortalece la descentralización y la racionalización del gasto público. •Modifica parcialmente la Ley 142 de 1994 •Normas orgánicas en materia de recursos y competencias y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud.
--	--	--

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 626 de 2001 •Decreto 2504 de 2001 •Resolución 5245 de 2001 •Resolución 5313 de 2002 •Resolución Orgánica 5447 de 2002 •Ley 734 de 2002 	<ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. •Reglamenta el párrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 •Por la cual se reglamenta la competencia para el Control de la Contratación de Urgencia Manifiesta •Por la cual se establece la organización y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR •Por la cual se subrogan los artículos 9 y 59 de la Resolución 05313 de febrero 28 de 2002, que establecen la organización de las entidades públicas y su ingreso escalonado al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal -SICE-. •Código Disciplinario Único.
--	--	---

	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 789 de 2002 •Decreto 280 de 2002 •Decreto 327 de 2002 •Decreto 393 de 2002 •Decreto 941 de 2002 •Decreto 1126 de 2002. 	<ul style="list-style-type: none"> •Apoyo al empleo y ampliación a la protección estatal. •Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993. •Deroga el Decreto 2504 de 2001 y se reglamenta el párrafo 3o del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. •Modifica parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil. •Por el cual se adoptan unas medidas de intervención y se reglamentan parcialmente el artículo 41 de la Ley 550 de 1999, el párrafo 2o. del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 283 de la Ley 100 de 1993. •Modifica parcialmente el Decreto 393 del 4 de marzo de 2002.
--	--	--

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 1696 de 2002 	<ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta el artículo 36 de la Ley 80 de 1993
	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 1703 de 2002 	<ul style="list-style-type: none"> •Medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 2170 de 2002 	<ul style="list-style-type: none"> •Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.
	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 2790 de 2002 	<ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta parcialmente el numeral 19 M artículo 25 de la Ley 80 de 1993
	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 3212 de 2002 	<ul style="list-style-type: none"> •Modifica parcialmente el Decreto 1126 del 27 de mayo de 2002
	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 797 de 2003 	<ul style="list-style-type: none"> •Reforma el Sistema General de Pensiones.
	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 816 de 2003 	<ul style="list-style-type: none"> •Apoyo a la industria nacional a través de la contratación pública.
	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 828 de 2003 	<ul style="list-style-type: none"> •Control a la Evasión del Sistema de Seguridad Social.
	<ul style="list-style-type: none"> •Ley 850 de 2003 	<ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta las veedurías

		ciudadanas.
	•Ley 863 de 2003	•Normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas.
	•Decreto 780 de 2003	•Modifica parcialmente el Decreto 3212 del 27 de diciembre de 2002.
	•Decreto 3401 de 2003	•Modifica parcialmente el Decreto 780 del 28 de marzo de 2003
	•Decreto 3512 de 2003	•Reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE
	•Decreto 1711 de 2004	•Modifica parcialmente el Decreto 3401 del 27 de noviembre de 2003
	•Decreto 1896 de 2004	•Reglamenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993
	•Decreto 2166 de 2004	•Modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993
	•Decreto 3629 de	•Reglamenta parcialmente la Ley 80

	<p>2004</p> <ul style="list-style-type: none"> •Decreto 3740 de 2004 •Acuerdo Número 0003 de 2005 •Acuerdo Número 0008 de 2005 •Decreto 2503 de 2005 •Acuerdo Número 0009 de 2006 •Decreto 219 de 2006 •Decreto 959 de 2006 	<p>de 1993</p> <ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 y se adiciona el artículo 4º del Decreto 855 de 1994 •Por el cual se determina el Ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE •Por el cual se determina el Ingreso de Entidades al Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE •Reglamenta la causal de contratación directa del literal k) del numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 •Por el cual se fijan lineamientos para el funcionamiento del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE •Reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. •Reglamenta la Ley 80 de 1993.
--	--	--

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 2178 de 2006 •Decreto 2434 de 2006 •Acto Legislativo 04 de 11 de Julio de 2007 •Ley 1150 de 2007 •Decreto 1837 de 2007 •Decreto 1957 de 2007 •Ley 1219 de 2008 	<ul style="list-style-type: none"> •Por medio del cual se crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública. •Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones. •Por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política" •Introduce medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. •Reglamenta el artículo 3° de la Ley 1097 de 2006, en materia de contratación con cargo a Gastos Reservados. •Reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se dictan otras disposiciones en la materia •Régimen de contratación con cargo a gastos reservados.
--	---	--

	<ul style="list-style-type: none"> •Decreto 066 de 2008 •Decreto 1170 de 2008 •Decreto 2474 de 2008 •Decreto 3460 de 2008 •Decreto 4444 de 2008 	<ul style="list-style-type: none"> •Reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva. •Reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007, en lo relacionado con la enajenación de bienes que formen parte del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, FRISCO. •Por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones •Establecen los parámetros para el otorgamiento del concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social- CONPES- para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional •Por medio del cual se reglamenta parcialmente el literal e) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de
--	--	--

		2007
	•Decreto 4533 de 2008	•Por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el párrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993
	•Decreto 4828 de 2008	•Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública
	•Decreto 4881 de 2008	•Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 en relación con la verificación de las condiciones de los proponentes y su acreditación para el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio y se dictan otras disposiciones
	•Decreto 490 de 2009	•Modifica el artículo 28 del Decreto 4828 de 2008.
	•Decreto 836 de 2009	•Modifica el Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008.
	•Decreto 931 de 2009	•Modifica el artículo 6 del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.
	•Decreto 1271 de 2009	•Adiciona el artículo 53 del decreto 2474 de 2008

	•Decreto 3576 de 2009	•Modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009
--	-----------------------	--

Fuente: CALDERÓN, Fátima Esperanza y OTROS. Análisis normativo, jurisprudencia y fáctico de la corrupción en Colombia 1991 – 2001. Procuraduría General de la Nación. p. 23 - 24

5.3 LEY 80 DE 1993

Esta Ley es denominada “Nuevo Estatuto General de la Contratación Administrativa” se da en medio de dos escenarios fundamentales: La Nueva Constitución Política de Colombia y el proceso de descentralización impulsado por el gobierno de Cesar Gaviria.

A ese propósito, Fátima Calderón comenta:

“Es evidente que este estatuto aparece como consecuencia no solo del deseo del legislador desde hace ya más de una década de reunificar toda la normatividad existente en materia contractual, sino también, en el hecho de presentar una herramienta más ágil y generosa tanto para las entidades contratantes como para los contratistas, en un contexto globalizante y neoliberal”²⁰⁸.

Se infiere entonces, que esta Ley es el resultado de un proceso, de una realidad que se ha venido desarrollando a través de los años y que busca dar solución a inconvenientes presentados. Su búsqueda de unificar la normatividad existente, y de brindar una herramienta ágil, lleva en teoría a optimizar los procesos de

²⁰⁸ CALDERÓN, Fátima Esperanza y OTROS. Análisis normativo, jurisprudencia y fáctico de la corrupción en Colombia 1991 – 2001. Procuraduría General de la Nación. p. 28

contratación y sus principios de: transparencia, economía, responsabilidad, equilibrio financiero y selección objetiva.

No obstante, este objetivo no fue logrado por la Ley 80 de 1993, y aunque supero muchas deficiencias de la Ley 222 de 1983, no encontró la fórmula para constituirse realmente como Estatuto Cereal de Contratación Administrativa.

“Este Estatuto continúa con la línea de formular un único documento unificador donde prevalece la necesidad ya no de tratar de contener toda la reglamentación sobre la materia como se hiciera con el Decreto ley 222 sino, mas bien, de formular los principios y fines de la contratación administrativa, intentando servir de faro a la actividad contractual del Estado. Empero, tal cometido no se logró y siguen proliferando regímenes especiales, pero y lo peor, al tiempo han surgido nuevas modalidades de corrupción”²⁰⁹.

Obsérvese como el problema de la corrupción sigue presente con nuevas modalidades que se filtran dentro de la Contratación Administrativa, y que deja ver que la expedición de una ley no es suficiente para contrarrestar el fenómeno de la corrupción. Esta Ley ha sido cuestionada y criticada debido a la proliferación de decretos reglamentarios entre los que se encuentran:

Decreto 679 de 1994: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993. Esta reglamentación es dispersa, contiene multiplicidad de temas, los cuales son avocados con desorden. Por ejemplo, la caracterización de pequeños poblados hasta la garantía única. Mediante los decretos reglamentarios, se termina derogando el artículo 12 de la Ley 80 de 1993.

Decreto 855 de 1994: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa. La contratación directa ha sido utilizada como

²⁰⁹ Ibid., p. 29

vehículo de corrupción.

Decreto 856 de 1994: Registro de proponentes. Este decreto desarrolla uno de los cambios fundamentales de la Ley 80 de 1983. Debido a todos los inconvenientes presentados de corrupción, prácticas malintencionadas en la elaboración de registros de información, entre otras, generando la idea de crear un sistema de auto calificación del Registro Único de Proponentes.

“Con este se pretende en primer lugar unificar la reglamentación y la información de todos los registros de proponentes que existían en el espacio nacional, departamental y municipal; en segundo lugar, simplificar la labor de los contratistas al momento de realizar sus trámites frente a la administración pública y en tercer lugar, dotar de mayor transparencia el proceso de inscripción en el registro de proponentes”²¹⁰.

A primera vista es un decreto que daría solución a la problemática presentada, no obstante, no incluye en un solo cuerpo normativo todo lo relacionado con el tema. Aunque la intención en sí es positiva, la norma no ha cumplido las expectativas y se continúa presentando los hechos de corrupción.

Decreto 287 de 1996: que reglamenta los art. 24, 25, 29 y 30 de la Ley 80 de 1993. Dentro de esta reglamentación permite establecer reglas de juego en la selección de las propuestas de los oferentes de manera justa y transparente. A si mismo, permite presentar en los pliegos los montos económicos de la licitación. También reitera el origen de las convocatorias para las audiencias públicas y prohíbe declarar desierta una licitación si se presentase una sola propuesta.

²¹⁰ Ibid., p. 31

Decreto 2170 de 2002: Modifica parcialmente el D. 855 de 1994 y dicta otras disposiciones en aplicación de la ley 527 de 1999.

“Trata de recomponer algunos puntos que fueron dejados sueltos en la reglamentación de la contratación intentando cerrar las grietas por donde se estaban presentando mayores niveles de corrupción, pero sobretodo, busca actualizar la materia contractual a los nuevos retos que impone la nueva tecnología”²¹¹.

Como se puede observar, los decretos reglamentarios han buscado recomponer, sistematizar, adecuar, todos los vacíos dejados en la Ley 80, sin embargo, todavía no hay unificación, por ende, el problema de corrupción, y todos los males que esta situación genera.

²¹¹ Ibid., p-33.

6. CONTRATACIÓN ESTATAL Y CORRUPCIÓN

El presente capítulo contiene la relación directa existente entre la contratación estatal y la corrupción en Colombia. Al respecto la Doctora Calderón Fátima expresa:

“La Corte Constitucional ha definido que, los principios de la función pública consagrados en la Constitución Política de 1991, configuran el eje analítico para entender la naturaleza de ésta especial manifestación de cómo el Estado se relaciona con los particulares. De la lectura de los diferentes pronunciamientos en los que la Corte se ha referido al tema de contratación estatal, el punto común lo constituyen los principios rectores de la actividad contractual del Estado (art. 29), en la medida que la contratación es manifestación del desarrollo de la función pública”²¹².

Como se observa el eje central definido por la Corte son los principios de la función pública que se encuentran consagrados en la Constitución; al respecto ha hecho varios pronunciamientos, más aún cuando el ejercicio de la contratación es función pública. De allí surge el Principio de Moralidad, o más bien su aplicación al tema de la contratación estatal con el propósito de controlar y disminuir los índices de corrupción.

Contratación Pública y Corrupción. ²¹³

La estrecha relación existente entre la contratación pública y la corrupción ha generado altos sobre-costos en los bienes y servicios que contrata el Estado así como disminución en cuanto a su calidad e idoneidad, de esta manera se afecta tanto la eficiencia y eficacia del gasto público como la estabilidad

²¹² Ibid., 70

²¹³ CUADRADO CAMACHO Néstor Julián, Control a la Gestión Contractual “Una Política de Estado para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública”, Universidad Libre Facultad de Derecho, 2006, Pereira Risaralda, pag 7.

macroeconómica, la moral pública y la legitimidad del Estado, lo que genera la necesidad de enfrentar de forma directa el fenómeno de la corrupción en la contratación estatal desde la perspectiva de la economía, la ética y la moral.

Contratación Pública y Regulación.

“Es un hecho que La Ley 80 de 1993, expedida como un estatuto de principios con vocación de aplicación universal a toda contratación en que participase una entidad estatal, es hoy una excepción más. Este resultado encuentra su explicación en la evidente falta de una política de regulación sobre la materia, que ofrece como resultado la deshilvanada expedición de estatutos especiales de contratación para sectores de la actividad estatal, la proliferación de decretos reglamentarios de la propia ley sin unidad de criterio y la expedición de normas sobre otros asuntos, principalmente las relacionadas con disposiciones de manejo presupuestal y de tesorería, que terminan afectando el entorno de la contratación pública. El resultado de esta situación es claro: la actividad del gerente público llamado a buscar la realización de los objetivos del Estado a través de la contratación, se enfrenta hoy a una normatividad compleja en donde, a falta de una concepción unívoca, prima el casuismo y la incoherencia.

El origen de la expedición de la Ley 80 de 1993 es el desarrollo de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana para toda función pública. En ese sentido, su expedición buscaba la modernización de la contratación, que hasta entonces se caracterizaba por estar “sobre regulada” y por caer en el excesivo detalle, en el culto por la forma y en el sobre dimensionamiento de los controles. Tal parece que a menos de diez años de la expedición de la Ley 80 de 1993, hemos vuelto a un escenario similar de la mano de 35 regímenes excepcionales

recogidos en leyes especiales y de numerosos decretos reglamentarios que los desarrollan.”²¹⁴ (Ver cuadro)

²¹⁴Ibid, pag 7 a 10.

Cuadro 5. Inventario de Disposiciones Excepcionales Anteriores y Posteriores de la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios

Disposiciones Excepcionales anteriores a la Ley 80 de 1993		Disposiciones Excepcionales posteriores a la Ley 80 de 1993	
TEMA	NORMA	TEMA	NORMA
Exploración y Explotación de Hidrocarburos	D. 1066/93 y L. 10/91	Régimen Radiaficionado (otorgamiento Licencias)	L. 94/93 y D. 2058/95
Servidumbres en Inmuebles	D.L. 222/93	Edición e impresión de Entidades Estadales	L. 98/93
Actividades y servicios de telecomunicaciones	D.L. 1900/92, L.142 de 1994	Licencias de transporte, contratos de concesión en infraestructura vial y aeronáutica civil	L. 105/93
Telecom	D.L. 2123/92, L.142 de 1994	Empresas sociales del Estado	L. 100/93, D. 1876/94
Contratos de asociación	D. R. 743/75 y D. 2310/94	Servicios Públicos Domiciliarios	L. 142/94, 286/96 y L. 689/2001
Ciencia y Tecnología	Ley 29/90, D. 691/91	Contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos de gas y energía	L. 143/94
Contratos con entes privados sin ánimo de lucro	D. 777 y 1043/92 y D. 2459/93	Concesión Directa de incentivos para preservar zonas boscosas	L. 139/94
Banco de la República	Ley 31 de 1992	Régimen Corporación Autónoma del Magdalena	L. 161/94
Educación y Salud	Ley 30 de 1992	Enajenación propiedad accionaria del Estado	L. 222/95
Régimen de Administración Aduanera	Ley 6/92	Concesión espacios TV	L. 182/95, L.14/91 y L. 335/96
Telefonía Básica conmutada	Ley 37/93 y Decreto 453/93, L.142 de 1994	Supresión de Trámites	D. 2150/95
Derechos de Autor, excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades	Ley 44 de 1993	Disposiciones de Calamidad por terremoto	D. 196, 197 y 350/96
Régimen de armas y municiones	Ley 61/93 y Decreto R. 2535/93	Código de minas	L. 685 de 2001
Régimen Distrito Capital	D. 1421/93		
Concesión Transporte Masivo	D. 757/93		

Cuadro 5. Inventario de Disposiciones Excepcionales Anteriores y Posteriores de la Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios

Disposiciones Excepcionales anteriores a la Ley 80 de 1993		Disposiciones Excepcionales posteriores a la Ley 80 de 1993	
TEMA	NORMA	TEMA	NORMA
Explotación y Explotación de Hidrocarburos	D. 1058/93 y L. 10/91	Régimen Radiacionado (otorgamiento Licencias)	L. 94/93 y D. 2058/95
Servidumbres en Inmuebles	D.L. 222/93	Edición e impresión de Entidades Estatales	L. 98/93
Actividades y servicios de telecomunicaciones	D.L. 1906/90, L.142 de 1994	Licencias de transporte, contratos de concesión en infraestructura vial y aeronáutica civil	L. 105/93
Telecom	D.L. 2123/92, L.142 de 1994	Empresas sociales del Estado	L. 100/93, D. 1876/94
Contratos de asociación	D. R. 743/75 y D. 2310/94	Servicios Públicos Domiciliarios	L. 142/94, 286/96 y L. 685/2001
Ciencia y Tecnología	Ley 29/90, D. 591/91	Contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos de gas y energía	L. 143/94
Contratos con estas privados sin ánimo de lucro	D. 777 y 1043/92 y D. 2459/93	Concesión Directa de incentivos para preservar zonas boscosas	L. 139/94
Banco de la República	Ley 31 de 1992	Régimen Corporación Autónoma del Magdalena	L. 161/94
Educación y Salud	Ley 30 de 1992	Enajenación propiedad accionaria del Estado	L. 222/95
Régimen de Administración Aduanera	Ley 6/92	Concesión espacios TV	L. 182/95, L.14/91 y L. 335/96
Telefonía Básica conmutada	Ley 37/93 y Decreto 453/93, L.142 de 1994	Supresión de Trámites	D. 2150/95
Derechos de Autor, excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades	Ley 44 de 1993	Disposiciones de Calamidad por terremoto	D. 196, 197 y 350/96
Régimen de armas y municiones	Ley 61/93 y Decreto R. 2535/93	Código de minas	L. 685 de 2001
Régimen Distrito Capital	D. 1421/93		
Concesión Transporte Masivo	D. 757/93		

Así pues se evidencia que la Ley 80 de 1993 como estatuto de contratación y moderno sistema anticorrupción se ha visto vulnerado en numerosas ocasiones y de múltiples formas lo que genera la expedición de nuevas leyes y decretos que regulan nuevas conductas o vacíos legales de la ley 80 como tal y que culmina en la falta de unidad de criterio.

Se hace necesario el planteamiento de una normatividad que regule la materia de forma estructural garantizando un sistema cimentado correctamente donde todas sus variables y excepciones encuentren un sustento legal afín y unificado, logrando así coherencia normativa, unidad de criterio y adaptación a nuevas conductas que surgen por el avance de la civilización.

¿Cuál es el alcance del principio de moralidad pública en el ámbito de la contratación estatal?

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD APLICADO A LA CONTRATACIÓN ESTATAL

- Implica controles rigurosos a la actividad de entidades estatales que participen en los procesos contractuales.
- Implica que el proceso de modernización del Estado, se conjugue la autonomía de la administración y la prevención y sanción de conductas que afecten el patrimonio del Estado.

Encontrando un problema jurídico al respecto, se definieron dos polos, así:

- El primero, atrae los pronunciamientos de la Corte en los que el principio de moralidad, aplicado a la contratación estatal, implica el control riguroso de la actividad de entidades estatales y de particulares que participan en los procesos contractuales.

- El segundo, ubica las sentencias en las que es claro que el principio de moralidad, aplicado a la contratación estatal, implica en el marco de la modernización del Estado, la posibilidad de conjugar la autonomía de la administración con mecanismos de prevención y sanción de conductas que afecten el patrimonio del Estado.

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD APLICADO AL ÁMBITO DISCIPLINARIO

- Implica la existencia de controles rigurosos a la actividad de las entidades estatales.
- Implica que la modernización conjugue la autonomía de la administración y la prevención y sanción de conductas (tanto de servidores públicos como de particulares que colaboren con la administración) que afecten el patrimonio del Estado.

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD APLICADO AL ÁMBITO PENAL

- Implica la existencia de controles rigurosos a la actividad de las entidades estatales.
- Implica que la modernización conjugue la autonomía de la administración y la prevención y sanción de conductas (tanto de servidores públicos como de particulares que colaboren con la administración) que afecten el patrimonio del Estado.

Cabe concluir que este principio de moralidad abarca la contratación estatal, el sistema disciplinario y el ámbito penal. Para estos tres campos tiene las mismas implicaciones.

7. POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN.

Los Gobiernos se arriesgan de manera inherente a la dictadura y a la corrupción. Muchas de las instituciones democráticas y de la administración pública pueden verse como mecanismos para reducir esos dos riesgos. Las elecciones, las audiencias públicas, el referéndum y la aprobación del Congreso a ciertas nominaciones políticas tienen altos costos e imperfecciones pero su propósito es defenderse de la dictadura. Los procesos presupuestales, los sistemas de control, las normas de compras de gobierno, los sistemas para escoger los servidores públicos así como todo tipo de evaluaciones oficiales son también costosos, tanto en dinero como en trámites, pero su propósito es protegerse de la corrupción.

En esta última categoría se encuentra el aparato anticorrupción de la administración pública. El buen o mal funcionamiento de este aparato es determinante del nivel de corrupción de un país. Es importante entender también que la lucha contra la corrupción puede ir demasiado lejos. El aparato anticorrupción debe involucrar un número de compensaciones y quienes lo controlan deben entender por qué se dan diferentes tipos de corrupción. Luego deben decidir, para una parte del aparato anticorrupción, qué tan lejos deben ir en su intento de controlar la corrupción y preguntarse, de manera metafórica, en qué punto los costos marginales de reducir los riesgos de corrupción sobrepasan los beneficios marginales. La tarea es optimizar estas compensaciones lo cual dependerá no solamente del tipo particular de una actividad corrupta sino también de ciertas características de la situación del país.²¹⁵

Para limitar la corrupción normal o en equilibrio, el aparato anticorrupción de la administración pública recoge información y define recompensas y castigos de manera acorde. La moral es importante, naturalmente, pero dado el nivel de moralidad pública (la cual es susceptible de manera débil a la influencia política de corto plazo) la cantidad de corrupción depende de cálculos económicos hechos

²¹⁵ Memorias Banco Interamericano de Desarrollo y Contraloría General de la Republica, Seminario Internacional: “Gestión Pública y Lucha contra la Corrupción”, Bogotá D.C., 2009. Pág. 25, 26, 27, 28 y 29.

por las personas involucradas en la actividad corrupta. ¿Cuáles son los beneficios de la actividad? ¿Cuál es la probabilidad de ser atrapado y, si es atrapado, cuál es la pena esperada? El individuo corrupto seguirá adelante si el beneficio menos los costos morales menos la probabilidad de ser atrapado multiplicado por la pena esperada, es mayor a cero. Una sociedad con fuerte sentido moral contra la corrupción sancionará al corrupto, lo cual eleva los costos morales y proveerá fácilmente información sobre la corrupción si esta ocurre, elevando la posibilidad de ser atrapado. Quien elabora las políticas que buscan reducir la corrupción tenderá a trabajar en los otros factores, particularmente en la recolección de información y en cambiar las penas y recompensas. La siguiente es una lista de algunas compensaciones:²¹⁶

- Compras competitivas de gobierno, más costosas y lentas, versus alianzas no competitivas gobierno-empresarios, lo cual, en principio, ofrece beneficios de una competencia compartida y una mejor implementación pero corre también el riesgo de corrupción y monopolio.
- Una administración por indicadores cuantitativos, que mide de manera imperfecta lo que se busca pero que es menos susceptible al fraude, versus una administración por indicadores cualitativos, la cual es difícil de monitorear y es más susceptible de disimulo.
- Centralización versus descentralización –donde la última promete mejores respuestas y mayor conocimiento local pero corre el riesgo de des-economías en la escala de control, capacidades más débiles de la administración local y mercados locales menos competitivos.
- Nominación política de funcionarios clave, que ofrece una mejor respuesta a los líderes electos y por lo tanto al público que los eligió, versus nominaciones al servicio civil por criterios técnicos y méritos, lo cual promete mayor capacidad para cumplir con el trabajo.
- Planeación de largo plazo versus una agilidad del gobierno en responder y adaptarse a condiciones cambiantes.

²¹⁶ Ibid.

- Normas del servicio civil que posibilitan una variedad de recompensas y castigos, versus normas que estandarizan los pagos por salarios y hacen muy difícil el castigo y la destitución, en nombre de proteger la administración de la politización.

Cada una de estas compensaciones idealizadas tiene un polo que parece reducir los riesgos de corrupción pero que también parece entrañar mayores costos directos e indirectos. Una implicación es que en cualquier sociedad habrá ciertos niveles de corrupción. A esto le denomino “corrupción normal o en equilibrio”, no como aprobación sino para hacer notar que controlar la corrupción nunca será igual a eliminarla.

7.1 POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Más allá de la eficacia que se pueda señalar con respecto a elementos específicos de la lucha anticorrupción en Colombia (para no hacer referencia a los mas generales) tales como la eliminación de trámites, la modernización del estado, la creación de la fiscalía, el decreto sobre enriquecimiento ilícito con las audaces interpretaciones de nuestras cortes, de la introducción de códigos de conducta o de la declaración de bienes, o de los manuales de función, o de os aumentos de penas, o la tipificación de nuevos delitos, o el avanzado recurso jurídico que permite romper el vinculo entre el corrupto y el corrompido (artículo 24 estatuto anticorrupción, parágrafo) y de tantos otros instrumentos y herramientas, lo que parece estar claro es que la corrupción a aumentado o que, por lo menos la percepción de que así es la comparte una importante proporción de la ciudadanía y de los organismos que como transparencia internacional evalúan el desempeño de los países en materia de corrupción.²¹⁷

²¹⁷ CEPEDA ULLOA, Fernando. Corrupción y Gobernabilidad. El Contexto de la Corrupción. 3R Editores. 2000. Bogotá – Colombia. Pág. 1

Los gobiernos de América Latina y, en realidad, de todo el mundo están hablando como nunca de combatir la corrupción. Los gobiernos deberían definir su ataque a la corrupción desde la cima hacia abajo: desde políticas y leyes y un Presidente limpio a un mejoramiento sistemático de los sistemas corruptos. Esto puede contar con pasos tales como nombrar un “zar” anticorrupción y un comité coordinador ministerial entre las agencias que más tienen que ver con la lucha contra la corrupción (Contraloría, Ministerio Público, Policía, Ministerio de Justicia, Corte Suprema, Ministerio de Hacienda o Finanzas, Ministerio de Gobierno). También puede suponer la creación de un cuerpo elite con personal de varias entidades como la Contraloría, la Policía y el Ministerio Público. Nuevas leyes, tales como límites a la financiación de campañas y la expansión de evidencia admisible, seguramente serán también bienvenidas. Pero cuando la corrupción se ha vuelto sistémica, una campaña contra este tipo de corrupción requiere más que mejores políticas públicas y leyes así como más capacitación. Requiere un golpe al equilibrio de la corrupción. En este tratamiento de shock el gobierno debe ser atrevido. Debe desafiar a los ciudadanos para que se involucren en el diagnóstico y en el mejoramiento de los sistemas corruptos, teniendo como paso inicial la realización de encuestas y entrevistas confidenciales. Los funcionarios públicos deben ser retados a diseñar experimentos con resultados mensurables, los cuales deben ayudar a resquebrajar el sistema de incentivos que hoy anima y, más aún, demanda comportamientos corruptos. La impunidad debe ser abolida. Recomiendo que cualquier esfuerzo contra la corrupción comience con una publicitada persecución de unos cuantos peces gordos –incluyendo gente del sector privado (tanto de empresas nacionales como extranjeras), del legislativo, de la rama judicial, de la burocracia del ejecutivo y de la clase política. Para evitar suspicacias, sería bueno que algunos de estos peces gordos pertenecieran al partido que está en el poder.²¹⁸

²¹⁸ Memorias Banco Interamericano de Desarrollo y Contraloría General de la Republica, Seminario Internacional: “Gestión Pública y Lucha contra la Corrupción”, Bogotá D.C., 2009. Pág. 33.

Así, una campaña para mejorar la gobernabilidad debe apoyar las formas actuales de capacitación y sacar nuevas leyes, con:²¹⁹

- 1) La conformación de un cuerpo coordinador de nivel nacional responsable de diseñar y hacer seguimiento a una estrategia contra la corrupción, en conjunto con un consejo de veeduría ciudadana.
- 2) La identificación de unas pocas agencias o áreas clave donde el esfuerzo anticorrupción se centre en un primer año con la esperanza de que el éxito le permita ganar fuerza.
- 3) Una estrategia de formar gente dentro de ministerios clave, que asuma seriamente los problemas de incentivos e información, incluyendo experimentos de pagos basados en resultados.
- 4) La identificación de unos cuantos peces gordos cuyos casos deben ser procesados. Para tener el máximo impacto, estos pasos deben ser preparados cuidadosamente antes de ser anunciados y su anuncio debe hacerse de manera simultánea.

7.1.1 Estrategias Anticorrupción.

Debemos iniciar con el artículo del doctrinante Fernando Cepeda Ulloa titulado “Las Estrategias Anticorrupción: Presente y Futuro” publicado en 1994 elaborado a solicitud del Ministerio de Gobierno en el cual realiza un breve recuento de las acciones de la administración Gaviria en contra de la corrupción. De la misma forma en su libro Corrupción y Gobernabilidad nos entrega un informe más detallado en el cual examina las estrategias de la administración de Barco, Gaviria y Samper respectivamente y que contiene los datos del anterior artículo de la administración Gaviria en un contexto más extenso.²²⁰

7.1.2 La administración barco:²²¹ Introdujo el esquema Gobierno-partidos de oposición, con lo cual buscaba superar más de un cuarto de siglo de connivencia entre las fuerzas políticas tanto en los cuerpos legislativos como en la Administración Pública en todos sus niveles. La oposición

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid. Pág. 49 y 81

²²¹ Ibid. Pág. 81 y 82

política en todos sus niveles, por si sola, no es una solución completa al problema de la corrupción, pero si es el marco legal y político necesario para hacer eficaces las demás formas de lucha.

Aparte de ello, la administración barco se distinguió por una lucha frontal contra los carteles de droga que han sido, sin duda, los catalizadores del fenómeno de la corrupción en Colombia. Esta lucha fue desde la aplicación de la extradición hasta la confrontación militar abierta y la introducción de toda una serie de mecanismos para contrarrestar los efectos perversos de los carteles, siendo el principal de ellos el decreto 1895 de 1989, que contempló la figura del enriquecimiento ilícito en virtud de la cual la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía General, primero, y luego la Corte Constitucional en 1993 consagraron por vía jurisprudencial la noción del carácter autónomo del enriquecimiento ilícito y su aplicación extensiva al enriquecimiento de terceros.

Mediante el decreto 1150 de 1989 se estableció una comisión presidencial que presentó seis grandes propuestas para el mejoramiento de la Administración Pública y que incorpora ya los conceptos de privatización, eliminación gradual de subsidios, transición hacia el sistema de subsidios al usuario, el concepto de desregulación y otras medidas dirigidas a controlar la inflación legislativa y reglamentaria. También se hicieron recomendaciones sobre democratización de la Administración Pública, desarrollo de capacidades de gerencia y fortalecimiento institucional de la Presidencia. Se propuso también adelantar un programa anticorrupción.

7.1.3 La administración Gaviria:²²² Sin duda, la administración Gaviria es la primera en asumir el tema de la lucha contra la corrupción como una política de estado, y para ello puso en funcionamiento la Consejería para la Moralización (decreto 1860 de 1991), que dirigió el doctor

²²² Ibid. Pág. 82 a 84.

Eduardo Wills. Pero aparte de los diagnósticos y trabajos realizados por esta consejería, se puede afirmar que la administración Gaviria puso en marcha una estrategia comprehensiva contra la corrupción, como que introdujo el nuevo modelo económico, que es considerado por muchos, por sí solo, una herramienta que busca la transparencia y la eficiencia del estado y de la sociedad. Esta estrategia no solamente consistió en reformas de orden legal, sino que además estuvo reforzada con una política más amplia que incluyo reformas estructurales ya acciones de carácter inmediato. Así quedaron sentadas las bases para una acción continuada.

Se pueden señalar, a titulo meramente enumerativo y sin pretender ser exhaustivos, las siguientes medidas que tienen un impacto en la lucha anticorrupción, a saber:

- a) La reforma constitucional que modernizó la Procuraduría, la Contraloría, introdujo temporalmente la Veeduría, creó la Fiscalía General de la Nación, el sistema acusatorio, suprimió los auxilios parlamentarios, estableció un nuevo sistema de incompatibilidades e inhabilidades, introdujo el principio de responsabilidad de los directivos del Estado, el principio de la Buena Fe (Art. 83 de la Constitución de 1991), estableció formas de participación ciudadana que tienen relevancia para el control de la administración pública, introdujo el estatuto de la oposición. Entre otras herramientas anticorrupción, introdujo las siguientes: El Artículo 84 establece en forma más contundente lo siguiente:

“Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”.

Es más, el artículo 277 de la Constitución Nacional, en los numerales 5° y 6° facultan al ciudadano para que pueda

solicitar ante el Procurador General de la Nación la sanción disciplinaria de los funcionarios públicos. Y a parte de ello, la Constitución ha introducido herramientas tan eficaces como la Acción de Tutela, que le permite al ciudadano obtener de un juez en un plazo de diez días la protección de sus derechos constitucionales, y la acción de cumplimiento, que le permite al juez ordenar a la manera de la *injunction* americana el cumplimiento de una ley.

Para desarrollar el artículo 83 de la Constitución Nacional el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, en sesión de septiembre de 1992, asignó recursos para que la Consejería para la Modernización del Estado realizara en asocio con el Departamento Nacional de Planeación y el Fondo Nacional para el Desarrollo, FONADE, programas de racionalización y simplificación de trámites. Se establecieron estímulos y reconocimientos en beneficio de los ciudadanos y funcionarios públicos en entidades que presenten las mejores propuestas de simplificación. Lo propio se reclamaba del sector privado, (asociaciones y gremios) (Gaviria, 1993).

- b) La modernización del Estado, con base en el artículo 20 transitorio de la nueva Constitución, que permitió la modernización de más de 60 entidades del sector público y la supresión de algunas (como el INTRA). Esta modernización es relevante desde el punto de vista de la corrupción porque implica reducción de trámites, fijación de responsabilidades, introducción de procedimientos transparentes en el proceso de decisiones y reducción de la discrecionalidad, entre otros. Se expedieron 62 decretos.
- c) La reforma económica, que ha implicado modernización y limpieza de instituciones como la Aduana, los Impuestos

Nacionales, los puertos y las instituciones del sector explotador, lo cual buscaba también cerrar focos de corrupción.

- d) La política de privatización que, entre otros objetivos, apuntaba en el mismo sentido.
- e) Con base en la nueva Constitución, se introdujeron oficinas de control interno en los ministerios, y la Contraloría General de la República modernizó los mecanismos de control fiscal.
- f) Un nuevo régimen disciplinario para los funcionarios públicos, un régimen probatorio basado en la verdad sabida y la buena fe guardada y una nueva reglamentación sobre la obligación de los funcionarios públicos de hacer entrega de su declaración de renta al ingresar al servicio público.
- g) Un nuevo estatuto de contratación administrativa que busca superar los vicios que resultaron del Decreto 222.
- h) Un nuevo sistema de reglas electorales, que van desde el tarjetón hasta la financiación de campañas, todas ellas dirigidas a hacer más limpio el proceso electoral.
- i) Una nueva ley estatutaria de partidos, que introduce tribunales éticos y códigos de ética en los partidos políticos.
- j) Un nuevo Código Penal y un nuevo Código de Procedimiento. Además, se puso en marcha el proceso de aprobación sobre la manera de aplicar la extinción de dominio en casos de enriquecimiento ilícito.
- k) Un proyecto de ley relativo a un estatuto anticorrupción.

7.1.4 La administración Samper:²²³ Durante la administración Samper se creó la Consejería Presidencial para la Administración Pública (decreto 2098 de 1994), que tenía como principal responsabilidad la lucha contra la corrupción. Además, se aprobó por medio del decreto 250 del 6 de febrero de 1995 el Plan de Transparencia para Volver a Creer, que basado en los principios de responsabilidad gubernamental,

²²³ Ibid. Pág. 84 a 87.

transparencia y lucha contra la corrupción, diseñó un plan de acción. La estrategia anticorrupción comprende por lo menos seis acciones importantes, así:

- i. La presentación del Plan de Transparencia para Volver a Creer publicado en febrero de 1995. Este plan recoge buena parte de las recomendaciones que expertos internacionales y nacionales han planteado. Además, incluye una campaña educativa, estímulos a los servidores públicos, un régimen de inhabilidades e incompatibilidades y está basado en una acción importante por parte de la ciudadanía a través del derecho de petición, las veedurías ciudadanas, las acciones populares, las acciones de cumplimiento y la acción de repetición. Se introducen los sistemas de evaluación de gestión y de resultados ya contemplados en la Constitución de 1991. Innovaciones elementales, como la del teléfono y el aparato postal transparentes. Se compromete a las organizaciones no gubernamentales y al sector privado en la lucha anticorrupción y se promueven los códigos de ética.
- ii. El compromiso del Gobierno de sacar adelante el Estatuto Anticorrupción, producto de varios proyectos de ley presentados durante la administración Gaviria, uno de ellos, formulado por el propio Ernesto Samper, antes de ser presidente. El estatuto fue aprobado después de varias discusiones y es ahora la ley 190 de 1996 (6 de junio). Esta ley trata un régimen sobre servidores públicos, régimen penal, estrictas normas para el sistema financiero y en particular, para controlar el lavado de dólares. Trae, también, normas para controlar las entidades sin ánimo de lucro y para facilitar el control de la ciudadanía y su participación en la lucha anticorrupción. Fortalece el sistema de quejas y reclamos, hace más transparente la información sobre contratación

pública y propone mecanismos pedagógicos para crear cultura de honestidad en Colombia. Se crean dos comisiones, una de carácter nacional y otra denominada Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, integrada por 7 comisionados designados por el presidente de la república para un periodo fijo de 8 años. Esta comisión tiene amplias funciones para impulsar las estrategias anticorrupción y para mantener alerta a la opinión pública con respecto a ellas. Se introducen también disposiciones sobre los revisores fiscales y se autoriza al presidente de la república por un periodo de 6 meses para expedir normas con fuerza de ley con el fin de suprimir o reformar regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios. Son 85 artículos que, se espera, van a dejar una marca positiva en la lucha anticorrupción.

iii. El decreto 2150 de 1995 “por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la administración pública”. Este decreto se dictó con base en las facultades extraordinarias conferidas por el art 83 de la ley 190 de 1995, comúnmente denominada estatuto anticorrupción. Este decreto con fuerza de ley consta de 152 artículos y sólo el índice de los demás tratados ocupa 10 páginas. Una enumeración de algunas de las prohibiciones introducidas por este decreto dan una idea de su alcance, así, por ejemplo se prohíbe:

- Exigir certificados de autenticidad de documentos de identidad
- Exigir certificación de intereses bancarios
- Exigir comparecencia personal para realizar pagos
- Exigir presentación personal para la expedición del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes

- Exigir copias o fotocopias de documentos que se poseen
- Exigir declaraciones extra juicio
- Exigir registro notarial
- Exigir paz y salvos internos
- Exigir presentaciones personales en actuaciones frente a la administración
- Exigir comprobantes de pagos anteriores
- Exigir prueba de supervivencia a los pensionados
- Exigir requisitos previamente acreditados
- Retener documentos de identidad, etc.

Trece ministerios son objeto de este decreto. La suspensión de estos trámites se hizo con base en una gestión pública orientada en resultados (Documento de Consejo Nacional de Política Económica y Social del 21 de junio de 1995) y en el entendido de que los tramites solamente se justifican para garantizar la prestación de un servicio, defender la vigencia de un derecho, regular una actividad de especial interés, atender una necesidad ciudadana o permitir el cumplimiento de una obligación ciudadana. En la misma línea del pensamiento, se consideró que los tramites eran indeseables cuando proporcionaban la corrupción o tenían alguna de las siguientes características: inútil, lento, ilegal, ininteligible, irritante, inconsecuente, costoso, ineficaz, complejo, arbitrario, dispendioso, obsoleto, congestionado, ingobernable (Eastman, 1996). Se podría decir que los esfuerzos señalados de cinco administraciones anteriores durante casi 20 años están referidos a la reducción de trámites como un mecanismo para reducir oportunidades de corrupción y para hacer más ágil y eficiente la burocracia estatal. El solo hecho de que la administración Samper hubiera tenido que adoptar mediante el

decreto 2150 de 1995, que tiene 152 artículos, para suprimir y reformar regulaciones, procedimientos y tramites innecesarios existentes en la Administración Pública, es por sí solo revelador de la magnitud del esfuerzo y, también, de la relativa ineficacia de los esfuerzos de administraciones anteriores. No sería sorprendente que la administración pastrana se vea en la necesidad de adelantar una tarea de similar envergadura.

En ese sentido, se puede señalar que ha habido un esfuerzo continuado y sistemático por alcanzar una simplificación de los procedimientos administrativos como un aspecto de la estrategia contra la corrupción por todos señalados como fundamental.

- iv. La iniciativa de una convención internacional sobre el lavado de dólares, que el presidente Samper llevo a la Cumbre de Miami, la cual, como se sabe, es un aspecto estratégico de la lucha no sólo contra las drogas sino del crimen transnacional organizado.
- v. El programa justicia para la gente, una visión alternativa, publicado en marzo de 1995, es una estrategia novedosa para fortalecer la justicia mas allá de los métodos tradicionales. Es así como los nuevos conceptos de solución alternativa de conflictos, acceso a la justicia, etc., ocupan un lugar especial, e inclusive se hace una crítica contundente de la educación legal que ojala de lugar a replanteamientos definitivos.
- vi. El Plan Antidrogas, publicado en el mes de febrero que constituye una estrategia integral contra ese flagelo y que incluye un ambicioso programa tanto de erradicación y sustitución de cultivos como de captura de los principales cabecillas de este ilícito negocio.
- vii. La administración Samper puso en marcha un programa masivo de depuración de la policía, por el cual cientos de

oficiales y más de 4.000 agentes fueron retirados del servicio, en virtud de un procedimiento especial. Así se atendía una expectativa de la ciudadanía, que señalaba en las encuestas a la policía como una de las instituciones más corruptas.

A parte de ello se creó una comisión de reforma política que presentó a mediados de julio de 1995 propuestas de reforma en materia de financiación de campañas políticas y de reglamentación del lobby o cabildeo, con miras a lograr transparencia y acceso igualitario de todos los ciudadanos a las autoridades elegidas o nombradas, así como recomendaciones para el fortalecimiento de los partidos, cuya fragmentación, como lo sostiene el profesor Huntington en su obra clásica *El Orden Político en las Sociedades en Procesos de Cambio*, constituye una oportunidad para la corrupción. Estas recomendaciones fueron plasmadas en diferentes proyectos de reforma constitucional y legal que jamás fueron aprobados.

Durante el periodo (1994-1998) se llevaron a cabo acciones de gran significación en la lucha anticorrupción emprendidas por la policía, la fiscalía, el poder judicial y la procuraduría, en algunos casos con el apoyo del gobierno de los estados unidos: se desmantelo el poderoso cartel de Cali, se aplico el decreto sobre enriquecimiento ilícito por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Fiscalía en el denominado proceso 8.000, y el Consejo de Estado adelanto procesos sumarios contra congresistas por razón de conflictos de interés en el ejercicio de sus funciones. La procuraduría hizo uso por primera vez de las amplísimas facultades que le otorga el art 278 de la Constitución de 1991 con respecto a un ministro, un gobernador y a un general.

Políticas Presidenciales Actuales:

Una campaña para mejorar la gobernabilidad tiene que ser sistemática y de largo plazo, pero por razones políticas también debe tener éxitos en el corto y mediano plazos. Los siguientes son ejemplos de lo anterior: ²²⁴

- 1) El Presidente anuncia que todos los funcionarios públicos deben firmar un compromiso estándar de conducta que excluye la aceptación de sobornos. Al mismo tiempo, dice que a nadie se le permitirá participar en la licitación de un contrato público si no ha firmado un compromiso estándar de conducta similar, en relación con el ofrecimiento de sobornos. El sector privado deberá alistarse para tener una capacidad de monitoreo independiente que pueda hacer seguimiento a una queja. Algunas organizaciones como el Banco Mundial ofrecen apoyo financiero para tales investigaciones incluyendo ONG internacionales como Transparencia Internacional.
- 2) El Presidente anuncia un programa experimental dentro de las Agencias de Aduanas y de Impuestos, donde a los funcionarios se les pagará una proporción de los ingresos adicionales por impuestos que se generen el año siguiente. El bono podrá ser de 25 a un 50% del salario y solamente entrará en vigor si los ingresos exceden cierta meta de crecimiento (quizás un 25%).
Al mismo tiempo, los funcionarios de ambas agencias serán asistidos en el desarrollo de un sistema de evaluación de desempeño, donde las metas de ingresos están condicionadas por región y por actividad y donde indicadores de excelencia y abusos, no relacionados con los ingresos, se generan (por ejemplo, tiempo para pasar la aduana).
- 3) El Presidente organiza un taller de alto nivel para Ministros y líderes del sector privado y de ONG para referirse a la corrupción y qué hacer al respecto. De este evento deben surgir ideas, incluyendo un plan a

²²⁴ Memorias Banco Interamericano de Desarrollo y Contraloría General de la Republica, Seminario Internacional: “Gestión Publica y Lucha contra la Corrupción”, Bogota D.C., 2009. Pág. 34 y 35.

seis meses, el cual debe tener un seguimiento con ayuda de organismos internacionales como el Banco Mundial. Este taller puede ser seguido por otros seminarios en ministerios clave (particularmente finanzas), empresas públicas, Policía y rama judicial.

- 4) El Presidente anuncia la creación de un Departamento de Prevención de la Corrupción en la Oficina del Contralor General (o del Ministerio de Justicia o...). Con la ayuda de consultores internacionales, esta oficina revisará los procedimientos burocráticos para reducir las oportunidades de corrupción y abuso; es lo que la Comisión Independiente contra la Corrupción de Hong Kong denomina “evaluación del riesgo”. Las primeras agencias en tenerse en cuenta serán aquellas donde el público percibe que la corrupción es sistémica: por ejemplo, agencias encargadas de otorgar licencias y permisos, impuestos, compras de gobierno y otras.
- 5) Este nuevo departamento, con el apoyo del Presidente, busca medios para incluir los ciudadanos en la lucha por un buen gobierno. La gente sabe dónde existe corrupción y necesitan formas de reportar lo que saben. Algunas ideas pueden ser:
 - i. Entregar a los consejos locales y otros grupos urbanos una lista de proyectos que pueden tenerse en cuenta el siguiente año en sus propias áreas, con especificaciones detalladas, ofreciéndoles una oportunidad de reportar insuficiencias y excelencias;
 - ii. Realizar estudios confidenciales usando al sector privado, para identificar dónde hay corrupción en el sistema de compras del gobierno, en las cortes, en el otorgamiento de licencias, en aduanas y otros;
 - iii. Creando veedurías ciudadanas en varios niveles de la Policía y las cortes;
 - iv. Creando veedurías ciudadanas para la nueva oficina anticorrupción;

- v. Involucrar asociaciones de contadores y abogados en el esfuerzo de vigilancia;
 - vi. Organizar una línea caliente para personas que quieran reportar actividades ilícitas;
 - vii. Formar equipos de funcionarios públicos con alta experiencia y excelentes universitarios recién graduados para investigar reportes y muestras al azar de casos importantes de pago de impuestos o exenciones, compras de gobierno y otros;
- 6) El Presidente inicia un proceso para identificar y procesar varios “peces gordos” que evaden impuestos, contrabandean, ofrecen o reciben sobornos, empezando por miembros de su propio partido.
- 7) Desafiar a los proveedores de servicios sociales para que creen medidas del éxito contra las cuales puede establecerse su desempeño y luego realizar un experimento que relaciona una mayor compensación a dicho desempeño. Un ejemplo puede estar en la educación pública. Los maestros, con derecho, se quejan de que son mal pagos; el gobierno, con derecho, sostiene que doblar el pago de los maestros bajo el sistema actual probablemente no tenga un gran efecto en lo que aprenden los estudiantes. El gobierno por lo tanto ofrece a los maestros una oportunidad de ganar más dependiendo de medidas transparentes de éxito, diseñadas por los mismos maestros y por grupos de padres de familia. Las mediciones pueden incluir evaluaciones de pares pero solamente si se “califica con curva”, de manera tal que los maestros no sean cooptados para dar a sus colegas calificaciones uniformes de “excelencia”.

7.2 POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN DESDE LOS ENTES DE CONTROL

Control Fiscal.²²⁵

²²⁵ Ibid. Pág. 80 y 81.

La fiscalización tiene como finalidad principal contribuir al mejoramiento de la gestión pública, la preservación de los bienes públicos y el buen uso de los recursos públicos pero, a su vez, por las consecuencias que se derivan de este rol principal, contribuye a evitar, descubrir, denunciar y combatir la corrupción.

Desde el punto de vista del ejercicio de las auditorías la función de vigilancia genera acciones correctivas, resarcitorias de orden fiscal, y por medio de los entes competentes, disciplinarios y penales. Las acciones correctivas se concretan en los planes de mejoramiento que deben adoptar las entidades controladas para corregir las anomalías que se detectan en el funcionamiento de los entes que manejan recursos públicos y que, de una u otra manera, propician prácticas corruptas. Dentro de las acciones preventivas la más importante reside en la función de advertencia que le concede la ley al órgano de control en Colombia - una especie de control previo o más exactamente de control en tiempo real - mediante la cual se le puede advertir a una entidad los riesgos de grave detrimento patrimonial con ocasión de una decisión o acción que vaya a adoptar.

Las resarcitorias hacen referencia a los procesos de carácter administrativo mediante los cuales se determina la responsabilidad fiscal de quienes hayan causado un detrimento al patrimonio público de manera dolosa o gravemente culposa. Declaratoria que acarrea la obligación de resarcirle al Estado el valor del detrimento causado. Esta acción tiene, por tanto, un alto contenido de lucha anticorrupción, pues la amenaza de ser responsabilizado seguramente desestimula a un funcionario que se siente tentado a favorecerse, en forma indebida, del patrimonio público. En cuanto a las disciplinarias y penales tienen su desarrollo a partir de las denuncias formuladas por el órgano de control fiscal al encontrar la violación de un precepto disciplinario o penal en determinadas actuaciones de los funcionarios y otros servidores públicos. En estos casos, corresponde a la Fiscalía, en lo penal, y a la Procuraduría, en lo disciplinario, adelantar las investigaciones e imponer las sanciones correspondientes. Ahora bien. Desde el punto de vista de la evaluación de las políticas públicas, es decir, de lo que se denomina el control macro, la labor de fiscalización conduce a determinar si en la adopción de determinada norma, programa o proyecto o en las

asignaciones presupuestales correspondientes, se está actuando con imparcialidad, sin concederle ventajas o beneficios indebidos a determinadas personas naturales o jurídicas. En este campo, son múltiples las ocasiones en que los informes sectoriales o globales producidos por la Contraloría han permitido evitar o revelar tratamientos discriminatorios que pueden conducir a prácticas corruptas. No obstante la importancia de lo señalado, concedo una enorme trascendencia en la lucha contra la corrupción, al uso de dos instrumentos previstos en la Constitución y en la Ley. Me refiero a la rendición de cuentas periódica que deben hacer los responsables de entidades públicas y a la participación ciudadana, mediante audiencias, veedurías y cabildos abiertos. Durante mi administración ha habido un gran esfuerzo en esta materia y a fe que hemos logrado inducir una mayor transparencia en la gestión pública, uno de los elementos centrales en la lucha contra la corrupción, como bien lo ha señalado el profesor Klitgaard, en sus estudios sobre este tema. Importa señalar que buena parte de la responsabilidad en la lucha contra la corrupción, compete a los legisladores, los gobiernos y los jueces. A los legisladores, con la expedición de normas que eviten la captura del Estado por parte de intereses particulares y con el ejercicio prístino de su función de control político; a los gobiernos, mediante la administración de la cosa pública de manera transparente, pensando en el bien común; y a los jueces, con una pronta y cumplida justicia y la sanción debida a quienes atentan contra los intereses públicos.

Control Disciplinario del Estado.

Podemos también encontrar como una forma anticorrupción la teoría del Control Disciplinario del Estado como una alternativa para combatir la corrupción administrativa que nos muestra el profesor Rory Forero en su ensayo Alternativas Constitucionales para Enfrentar la Corrupción Administrativa, de esta forma establece que el Control Disciplinario desempeña un papel fundamental dentro del Estado, pues conlleva una actividad necesaria para el cumplimiento de sus fines esenciales, y al fortalecerse con unas reglas claras de juego, emerge como alternativa constitucional frente a la lucha contra la corrupción administrativa. La

base supra legal sobre la cual reposa el control disciplinario en nuestro país se sustenta en los artículos primero y segundo de la Constitución Política, principios fundamentales y fines esenciales del Estado colombiano respectivamente. De esta manera, el constituyente, al erigir a Colombia como *Estado Social y Democrático de Derecho*, consagró en su Carta Fundamental el principio del interés general que ha de constituir la guía permanente en el actuar de los servidores públicos, como *conditio sine qua non* para materializar los fines estatuidos, vale recordar, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en el Ordenamiento Superior, facilitando la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.²²⁶

El engranaje propio de la Administración Pública, entraña la verificación de una serie de procesos que, en ocasiones, dadas las disfuncionalidades del sistema, desencadenan en fases de descontrol o anormalidad, precisamente por desconocimiento de la Constitución, la ley y los reglamentos. Cuando tal circunstancia se verifica por parte de los servidores públicos, bien sea por extralimitación en el ejercicio de sus derechos, incumplimiento de sus deberes o violación al régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de intereses, nos encontramos en presencia de la falta disciplinaria, originando flagelos como la corrupción administrativa, amén de la impunidad, ineficacia, ineficiencia e irresponsabilidad administrativas, que se traducen en ausencia de la excelencia en la función pública.²²⁷

Mecanismos de lucha contra la corrupción²²⁸.

De acuerdo con Antonio José Cepeda para combatir la corrupción es necesaria: Identificar la cadena que participa en la corrupción. Actualmente se identifica al individuo, esto de poco sirve.

Adelantar un Diagnostico serio de la corrupción que debe reconocer

²²⁶ RORY FORERO, op Cit. Pág. 130

²²⁷ Ibid.

²²⁸ ZULUAGA GOMEZ, op Cit, pág. 37 a 39

peculiaridades y situaciones específicas. Una acción coherente y práctica que involucre dimensión, política preventiva, penal, que incorpore a la ciudadanía y que este sometida a una evaluación permanente de su eficacia.

Realizar evaluaciones periódicas y hacer seguimientos de las experiencias internacionales y de las políticas que ha venido recomendando el Banco Mundial.

El Procurador General de la Nación Edgardo Maya Villazón en el Segundo Foro Nacional de Órganos de Control adelantado el 21 de febrero de 2001 propuso:

La capacitación se debe orientar a lograr la calidad de la gestión, motivando a los servidores públicos a adquirir una conciencia clara y determinada de compromiso y responsabilidad hacia el cumplimiento de sus deberes y obligaciones administrativas y consecuencias de su violación.

Se deben implementar sistemas efectivos de controles hacia el interior de las instituciones del Estado.

7.3 INTERNACIONALIZACIÓN DE LA CORRUPCIÓN.

PERSPECTIVA DE LA CORRUPCIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO.

ORIENTACIONES ANTICORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA.²²⁹

Las estrategias anticorrupción en América Latina han reconocido la importancia de la publicidad de la información y la transparencia en las decisiones. Esta perspectiva parte del supuesto de que las prácticas relacionadas con la corrupción se caracterizan por información imperfecta. Algunos actores poseen información imperfecta, mientras que otros, por razones circunstanciales, tienen más información, "cuentan con información perfecta y realizan cálculos precisos de costo-beneficio de la corrupción y, en particular, calculan las garantías de impunidad, antes de actuar". Por el contrario, "el perjudicado (la sociedad, el

²²⁹ PROPUESTA DE UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN, Pag 59.

cliente) tiene información imperfecta o no cuenta con información o aún más, sufre desinformación".

En los intentos por aumentar la transparencia de la administración pública, han sido introducidos los sistemas integrados de información de la administración pública. En el marco de la transparencia, la rendición de cuentas ha sido planteada como mecanismo para mejorar la gestión pública. Otros enfoques se refieren a la necesidad de fortalecer la relación entre los organismos de control, el control social y ciudadano y el papel de los medios de comunicación. Esta medida busca superar las debilidades de los organismos de control y utilizar la presión de la opinión pública. Otras estrategias en América han reconocido la importancia de fortalecer la investigación y sanción de la corrupción, ampliando los alcances de las sanciones a todos aquellos agentes que intervienen en actividades corruptas. De otra parte, el avance del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ha hecho que los países del hemisferio establezcan: (i) procedimientos para la declaración jurada de bienes y rentas que permita ser herramienta para el control y la investigación frente a conflictos de intereses y enriquecimiento ilícito, (ii) normas para el control social y ciudadano y (iii) mecanismos para cooperación internacional en materia de lucha contra la corrupción.

Los países de la Comunidad Andina cuentan con oficinas, delegaciones o comisiones anticorrupción, excepto Venezuela. En *Bolivia* se formuló el Plan Nacional de Integridad en el 2002, para cuya aplicación se creó la Unidad Técnica de Lucha Contra la Corrupción, que posteriormente se denominó Secretaría de Lucha Contra la Corrupción y Políticas Especiales. Con el propósito de dar continuidad a estos esfuerzos, en el año 2003 se creó la Delegación Presidencial Anticorrupción (DPA), la cual continúa funcionando en la actualidad. La DPA promueve y coordina políticas y acciones de prevención y lucha contra la corrupción, entre el Estado y la Sociedad Civil. La DPA cuenta con dos áreas, prevención y promoción y denuncias y monitoreo. La primera está encargada de fomentar la ética, la transparencia, la rendición de cuentas y el control social. La segunda área monitorea las entidades de control, investigación y sanción de la

corrupción, para verificar el cumplimiento de sus funciones. La DPA también hace seguimiento a algunas denuncias que recibe y sobre las cuales adelanta investigaciones preliminares, con el propósito de reducir al máximo la impunidad.

En *Ecuador* funciona la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (CCCC), conformada por siete miembros, cada uno elegido por un colegio electoral. La CCCC investiga y previene actos de corrupción y tiene la potestad de recibir y formular las solicitudes de asistencia y cooperación en los esfuerzos anticorrupción internacionales. La antecesora de la CCCC fue la Comisión Anticorrupción, creada el 4 de marzo de 1997. En Ecuador también se creó el Sistema Anticorrupción del Ecuador (SAE), para articular y coordinar distintos esfuerzos de entidades estatales, organismos y agentes privados, que ejecutan planes, programas y acciones anticorrupción. La coordinación del SAE está a cargo de la Comisión Anticorrupción y la Secretaría de Diálogo Social y Planificación. En el marco del SAE, junto a la Dirección Jurídica de los organismos y dependencias de la función ejecutiva que corresponda, se hace seguimiento a los casos remitidos por los organismos de control.

En *Venezuela*, aunque no existe una oficina o delegación que coordine los esfuerzos anticorrupción, se firmó la Ley contra la corrupción, publicada en la Gaceta Oficial el 7 de abril del 2003. El objetivo de esta ley es salvaguardar el patrimonio público y garantizar el manejo transparente de los recursos públicos. Se pretende que la función pública se rija por los principios de honestidad, transparencia, participación, eficiencia, eficacia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad. Están sujetos a esta ley los particulares, las personas naturales o jurídicas y los funcionarios públicos. Algunas de las acciones adoptadas por Venezuela, en el marco de la Ley contra la corrupción, son: (i) publicidad en la información sobre la administración pública, excepto por razones de seguridad y defensa de la Nación, (ii) derecho a que los particulares soliciten información sobre la administración y custodia del patrimonio público, (iii) derecho a que los particulares y las organizaciones de la sociedad civil participen en la formulación,

evaluación y ejecución del presupuesto según el nivel político territorial correspondiente, (iv) obligatoriedad de presentar la declaración jurada por parte de los funcionarios y empleados públicos dentro de los treinta días siguientes a su posesión y dentro de los treinta días posteriores a la terminación de funciones, (v) imposición de multas para quienes no presenten la declaración jurada en los plazos previstos, incluyan información falsa, o quienes obstaculicen las funciones de auditorías.

En *Perú* se encuentra la Comisión Nacional de Lucha Contra la Corrupción y Promoción de la Ética y Transparencia en la Gestión Pública y la Sociedad. Esta Comisión actúa en la prevención de la corrupción. Mediante campañas educativas fomenta la transparencia y la ética en la función pública y en la sociedad. Esta Comisión tiene la función de proponer la política nacional de lucha contra la corrupción, para lo cual realiza audiencias públicas con el fin de formular propuestas útiles y pertinentes. También adelanta encuestas y estudios para analizar las causas de la corrupción y desarrolla acciones de coordinación interinstitucional con las entidades de control, investigación y sanción de la corrupción.

La República de la *Argentina* tiene una Oficina Anticorrupción adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que tiene como objeto prevenir e investigar las conductas previstas en la CICC. Esta Oficina puede actuar en prevención de la corrupción en la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, empresas, sociedades y todo ente público o privado con participación del Estado o que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal. La Oficina Anticorrupción tiene competencias para (i) recibir denuncias de particulares y públicos; (ii) hacer investigaciones preeliminares en las denuncias recibidas, para lo cual cuenta con una Dirección de Investigaciones que fiscaliza las funciones y deberes de los agentes públicos y de los recursos estatales; (iii) denunciar ante la autoridad competente los posibles delitos hallados en las investigaciones preliminares; (iv) ser parte en los procesos que han afectado el patrimonio público;

(v) llevar el registro de las declaraciones juradas de los funcionarios públicos y evaluar sus contenidos; (vi) formular programas de prevención y control de la corrupción y (vii) asesorar en la formulación de programas anticorrupción para el Estado.

La experiencia de *Chile* en la lucha contra la corrupción ha sido de notable importancia porque se ha ubicado entre los países mejor calificados a nivel mundial; en consecuencia, se ha convertido en un ejemplo para los países de América Latina que desean adelantar esfuerzos anticorrupción. En Chile existe el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (CAIGG), que funciona como un órgano asesor del Presidente de la República y está encargado de coordinar una política de auditoría y control para el Estado. Esta política se orienta a fortalecer el diseño organizacional del Control Interno del Ejecutivo para consolidar el autocontrol en la administración pública. El CAIGG está compuesto por siete Consejeros y un Secretario Ejecutivo, designados por el Presidente de la República. Algunas funciones del CAIGG son: (i) proponer un Plan General de Auditoría Interna de Gobierno; (ii) proponer planes anuales de auditoría interna de Gobierno; (iii) recomendar programas de examen para evaluar la gestión pública en áreas específicas y (iv) proponer planes de capacitación para las unidades de auditoría interna del sector público. Algunas acciones aplicadas en Chile para luchar contra la corrupción son: (i) formular disposiciones constitucionales sobre inhabilidades e incompatibilidades para senadores y diputados; (ii) formular disposiciones legales sobre probidad administrativa; (iii) diferenciar entre una declaración jurada sobre incompatibilidades e inhabilidades y otra para los funcionarios públicos de alto rango sobre intereses económicos y profesionales; (iv) formular normas y principios diferenciados de ética para servidores públicos; (v) capacitar servidores públicos en la comprensión de las normas de conducta; (vi) tramitar un Proyecto de Ley sobre Lobby, que regule la influencia y participación en la legislación; (vii) verificar la veracidad de las declaraciones juradas⁹³ ; (viii) formular disposiciones legales que tipifican conductas con sanciones penales para los funcionarios públicos y (ix) formular un Sistema de

Gestión Financiera del Estado, para mantener la transparencia en el proceso de formulación, aprobación, ejecución y control del presupuesto anual.

En *México* se creó la Comisión Intersecretarial para la Transparencia y el Combate a la Corrupción en la Administración Pública Federal (CITCC). La CITCC coordina estrategias aplicables a la Administración Pública Federal; sus objetivos son reducir los riesgos de corrupción y aumentar la transparencia de la información en la gestión pública. Algunas acciones orientadas a cumplir este propósito son: (i) prevenir y combatir prácticas de corrupción e impunidad; (ii) sancionar prácticas ilícitas, (iii) impulsar el rediseño y la mejora de procesos de la Administración Pública Federal, (iv) impulsar la participación en coordinación con los tres poderes de gobierno. En México también se encuentra en vigencia la Ley Federal de Transparencia y acceso a la información pública gubernamental. Mediante esta ley se establecieron parámetros y procedimientos para el acceso a la información relacionada con el Gobierno Federal. De igual manera, se lleva una en registro minucioso de la cantidad y calidad de las solicitudes de información hechas por la sociedad.

Por otra parte, la experiencia de México ha sido importante para Colombia en las estrategias de cultura de la legalidad, entre las que se cuenta el programa de Adiós a las Trampas. Desde el 2003, y anualmente, la Secretaría de la Función Pública ha convocado a los niños mexicanos para que presenten dibujos sobre cómo decir adiós a las trampas.

Estados Unidos.²³⁰

Históricamente, los códigos han sido importantes en los gobernantes por un lado para fomentar en ellos los valores deseables y por otro, como para evitar actitudes antiéticas. A raíz de los escándalos de corrupción que dieron como resultado la renuncia del presidente Richard Nixon por el caso Watergate, el 9 de agosto de 1974, los ciudadanos de los Estados Unidos se volvieron más críticos sobre el quehacer de los políticos en el gobierno, a raíz de este caso salieron a la luz

²³⁰ <http://www.dilemata.net/index.php/Etica-publica-y-buen-gobierno/principios-y-normas-de-conducta-para-los-funcionarios-de-gobierno-de-los-estados-unidos.html>

pública distintas situaciones de corrupción en el gobierno estadounidense hasta ese momento nunca aireadas. Las conductas inmorales de altos funcionarios motivó a los ciudadanos, no sólo a los de éste país, a reflexionar sobre la importancia de la ética en los servidores públicos. A partir de entonces se comienza a trabajar seriamente en estos temas, surgen publicaciones de académicos así como estudios e informes gubernamentales. Los ciudadanos del mundo comenzaron a perder la confianza en sus gobernantes al cerciorarse que éstos mentían, y que más allá de las funciones y tareas cotidianas, también cometían fechorías. El descrédito generado por los escándalos de corrupción política originó que los gobernantes de Estados Unidos buscaran mecanismos para recuperar la confianza ciudadana. Para este cometido se resucitó en la vida pública un instrumento que desde antaño estaba sepultado: la ética. El gobierno llevó a cabo en 1978 dos iniciativas para impulsar la ética en la vida pública, por un lado creó un marco jurídico mediante la Ley de Ética para el Gobierno y por otro estableció la Oficina de Ética del Gobierno. Esta última elaboró un documento denominado "Normas de conducta ética para los empleados del Poder Ejecutivo" que funciona a tres bandas: a) Como un Código Ético en el que se exponen los valores deseables o esperados en su personal, b) Como un catálogo en el que se detallan múltiples situaciones sobre lo que no se debe hacer dentro de las instituciones públicas, c) Como una relación de normativas jurídicas que presentan los diferentes tipos de sanción a los que se ven expuestos aquellos que cometan algún acto indeseable en su desempeño laboral. Principios y Normas de conducta ética para los funcionarios y empleados del gobierno. El Código de Ética para los empleados del órgano ejecutivo de los Estados Unidos contiene las directrices básicas que debe seguir todo funcionario para garantizar que los ciudadanos tengan confianza completa con respecto a la integridad del Gobierno. Señala que cada empleado tiene una responsabilidad para con el gobierno y los ciudadanos, debiendo ser leal a la Constitución, a las leyes y a los principios éticos por encima de cualquier interés personal. Tanto los Principios como las Normas de conducta ética señaladas en este código son aplicables a los funcionarios y empleados públicos de cualquier oficina de gobierno.

Los Principios²³¹ generales de conducta señalados por la Oficina de Ética del Gobierno son los siguientes:

1. El servicio público es un depósito de la confianza del público y, por lo tanto, exige a los empleados lealtad a la Constitución, a las leyes, y a los principios éticos por encima de la ganancia personal.
2. Los empleados no deben poseer intereses financieros que estén en conflicto con el desempeño concienzudo de sus deberes.
3. Los empleados no deben participar en transacciones financieras utilizando información del Gobierno que no es pública, ni permitir el uso impropio de dicha información para beneficio de ningún interés particular.
4. Un empleado no debe solicitar ni aceptar regalo alguno, ni ningún otro artículo de valor monetario de ninguna persona o entidad que busque una acción oficial, hacer negocios o beneficiarse de actividades llevadas a cabo por la oficina del funcionario o cuyos intereses puedan ser afectados sustancialmente por el desempeño o no de los deberes del empleado.
5. Los empleados deben llevar a cabo sus deberes empeñándose por hacer un esfuerzo honesto.
6. Sin autorización, los empleados no deben hacer a sabiendas compromisos ni promesas de ningún tipo dando a entender que comprometen al Gobierno.
7. Los empleados no deben usar un cargo público para ganancia particular.

²³¹ "Principios de Conducta Ética", Orden ejecutiva 12676 de abril de 1989, enmendada por la orden 12731 de abril de 2002, Oficina de Ética del Gobierno de los Estados Unidos. En <http://www.dilemata.net/index.php/Etica-publica-y-buen-gobierno/principios-y-normas-de-conducta-para-los-funcionarios-de-gobierno-de-los-estados-unidos.html>

8. Los empleados deben actuar imparcialmente y no dar tratamiento preferente a ninguna organización privada o individuo particular.
9. Los empleados deben proteger y conservar la propiedad Federal, y no deben usarla para actividades que no sean las autorizadas.
10. Los empleados no deben llevar a cabo trabajo o actividades fuera de su empleo que estén en conflicto con sus deberes y responsabilidades gubernamentales, incluso buscar o negociar empleos.
11. Los empleados deben denunciar a las autoridades correspondientes cualquier despilfarro, fraude, abuso, y corrupción.
12. Los empleados deben cumplir de buena fe sus obligaciones como ciudadanos.
13. Los empleados deben obedecer todas las leyes y reglamentos que ofrecen igualdad de oportunidad a todos los ciudadanos.
14. Los empleados deben esforzarse por evitar cualquier acción que dé la apariencia de que están violando la ley o las normas de ética que se estipulan en esta parte.

Las Normas de Conducta hacen referencia a las diversas situaciones en que pueden caer los servidores públicos en el cumplimiento de sus tareas. Cuando alguna situación no esté prevista dentro de estas normas, los empleados deben ajustarse a los Principios de Conducta señalados. El documento titulado Normas de Conducta Ética se estructura en nueve partes: Relativa a Disposiciones Generales. Esta parte destaca la importancia del servicio público como depósito de la confianza ciudadana, reitera la importancia de los Principios de Conducta Ética, señala quiénes son los sujetos a los que se debe aplicar esta normativa, las acciones disciplinarias y correctivas así como la existencia del asesoramiento en materia ética. Destaca que dentro de los organismos públicos pertenecientes al poder Ejecutivo, existen Agencias de Ética, las cuales cuentan con un designado de ética y un suplente. Relativa a regalos de fuentes externas a la institución. Esta parte se refiere al hecho que los funcionarios no deberán aceptar regalos a cambio de dejarse influenciar en el desempeño de sus funciones, ni solicitar o coaccionar para que se le ofrezca un regalo, ni aceptar regalos de las mismas o diferentes

fuentes que pudiera pensarse que el empleado está usando su cargo para ganancia personal. Relativa a regalos entre empleados. Se prohíben los obsequios entre las personas que trabajan en un mismo organismo, a menos que el artículo esté excluido de la definición de regalo. Un funcionario no deberá darle un regalo o hacer una donación para un regalo a un oficial superior ni solicitar una contribución a otro empleado para dar un regalo, tampoco deberá, directa o indirectamente, aceptar un regalo de ningún empleado que devengue menos sueldo que él, a menos que los dos empleados no tengan una relación de subalterno y oficial superior ni exista una relación personal entre los dos empleados que justifique el regalo. No obstante, existen Ocasiones especiales en las que se puede otorgar un obsequio a un superior tales como matrimonio, enfermedad, o el nacimiento o adopción de un hijo así como en situaciones laborales tales como una jubilación, renuncia, o traslado. Relativa a conflictos de intereses financieros. Se refiere a los intereses financieros que pueda tener un funcionario siempre que éstos se relacionen con sus actividades laborales. Es decir, se prohíbe que participe en calidad oficial en cualquier materia particular si con su conocimiento él, o cualquier persona allegada (cónyuge, hijos, socios, entidades en las que el empleado sea funcionario, director fiduciario, socio general) puede obtener un interés económico. Relativa a la imparcialidad en el desempeño de deberes oficiales. Esta parte se refiere a la intención de asegurar que un empleado actúe de manera prudente a fin de evitar la apariencia de falta de imparcialidad en el desempeño de sus deberes oficiales. En caso de duda se puede buscar la ayuda de un oficial de ética o el designado de la Agencia. Relativa a la búsqueda de otro empleo. Un funcionario que contemplé ingresar en otro empleo después de dejar su cargo público, deberá consultar con un oficial de ética de la agencia para obtener consejos sobre cualquier restricción que tenga después al abandonar su empleo federal. Las disposiciones sobre pos empleo advierten a los funcionarios que, después de dejar su puesto, están sujetos a restricciones legales. Relativa al uso indebido de un cargo oficial. Se refiere al uso adecuado del cargo y tiempo oficial y sobre la información y los recursos a los cuales el funcionario tiene acceso. Un funcionario no deberá usar su cargo público

para ganancia particular, ni para endosar ningún producto, servicio o empresa ni para la ganancia de otros. Tampoco deberá usar ni permitir el uso de su cargo de manera que coaccione o induzca a otra persona a proporcionar ningún beneficio financiero o de otra clase para sí mismo o para sus amigos, parientes, o personas con las cuales el funcionario esté afiliado en calidad no gubernamental. Relativa a actividades externas. Cuando un empleado quiera tener otro empleo o realizar actividades externas deberá esforzarse por evitar acciones que den la apariencia de violar cualquiera de las normas éticas y no deberá participar en empleos que estén en conflicto con sus deberes oficiales. Relativa a autoridades legales afines Esta parte se refiere a las normas adicionales a las cuales el funcionario debe ajustar su conducta. Algunas de estas son:

- a. La prohibición de solicitar o recibir sobornos.
- b. La prohibición de buscar o recibir remuneración con propinas ilegales.
- c. La prohibición de buscar o recibir remuneración por ciertos servicios de representación ante el Gobierno.
- d. La prohibición de ayudar en la prosecución de reclamos contra el Gobierno, o de actuar como agente o abogado ante el Gobierno.
- e. Las restricciones después de terminar el empleo que aplican a antiguos empleados.
- f. La prohibición de recibir cualquier contribución o suplemento del salario como remuneración por su servicio en el Gobierno de una fuente que no sea pública.
- g. La prohibición de solicitar o recibir regalos de fuentes externas

La Oficina de Ética del Gobierno, la Ley de Ética así como los Principios y Normas de Conducta para los funcionarios y empleados de gobierno son instrumentos importantes que cumplen una triple función, fomentar los valores éticos, acotar las conductas acompañadas de antivalores y, resolver dilemas éticos cuando sea necesario. Cabe destacar que a pesar de que tanto la Oficina de Ética como la Ley de Ética se crearon en 1978 y han venido funcionando desde entonces con

normalidad, incluso aumentando su eficacia al incorporar nuevos elementos de la tecnología, no han sido, sin embargo, imitados en otros países que cuentan con graves problemas de corrupción y carecen de herramientas para paliarla. En relación al manejo de su conducta, en general, el funcionario estadounidense, que no el político, goza de credibilidad ciudadana. Un Código Ético para los funcionarios utilizado de manera adecuada se convierte en un verdadero dique que puede evitar diversas conductas antiéticas en el servicio público.

Gran Bretaña e Italia.²³²

El desarrollo de Gran Bretaña en el siglo XIX se vio sostenido, por un lado, por la evolución de fronteras estrechamente vigiladas entre los procesos de intercambio social y político y, por otro, del intercambio entre lo político y lo económico. Las reglas sumamente restrictivas de financiación de las campañas constituyeron barreras entre los procesos de intercambio económico y político, barreras que resultaron ser asombrosamente eficaces, por lo cual las infracciones se produjeron más en la frontera de los intercambios sociales y políticos, como en el caso de la "venta" de títulos nobiliarios de Lloyd George para llenar las arcas del Partido Liberal. En el marco de unas convenciones victorianas sólidamente establecidas, los ingleses generalizaron unos sentimientos de confianza y reciprocidad tanto vertical como horizontalmente, de modo que las relaciones de patrocinador-cliente se transmutaron en una variedad de actividades de beneficencia, mientras disminuían las relaciones de patrocinador-cliente en la esfera política.

Además de haber heredado la custodia más hipercrítica de la frontera que media entre lo público y lo privado, algo más común a las sociedades protestantes del norte de Europa, en Inglaterra surgieron ciertos derivados a partir de la coincidencia de su modelo democrático con los cambios en el poder basado en las clases. A diferencia de la mayoría de los países del continente, Inglaterra había institucionalizado los partidos antes de institucionalizar la burocracia, si bien la química de su desarrollo político condujo al virtual abandono de los patrocinadores

²³² <http://www.unesco.org/issj/rics149/heidenheimer149.htm>

a nivel nacional. Es más relevante señalar aquí que la penetración de los políticos en las estructuras burocráticas disminuía en Inglaterra cuando seguía aumentando en la mayoría de los demás países burocratizados, como Italia y Francia. (Etzioni-Halevy, 1985) El grado de perdurabilidad de sus leyes durante varias generaciones llegó a rivalizar con el de otras sociedades más pequeñas del norte de Europa, como los países escandinavos, que habían conocido la forja permanente de sus normas burocráticas en siglos anteriores. El grado en que este desarrollo tan diferente configuró la cultura política italiana se ha visto corroborado por las encuestas Eurobarómetro, que demuestran que los italianos se diferencian de todos los demás europeos en el grado de confianza que otorgan a sus compatriotas. Hasta en las comunidades con mayor espíritu cívico de Italia, sólo una tercera parte de los habitantes declaran que «normalmente puedes confiar en la gente», y en el sur esta proporción disminuye a una sexta parte. En este entorno, un *dabbene*, una persona decente y bienintencionada, se transforma fácilmente en un *dabbenaggine*, o tonto crédulo. En este caso, un giro lingüístico ilustra la idea predominante de que la reciprocidad está destinada a ser explotada por el socio más poderoso, de que las leyes están hechas para proteger los intereses de los ricos, y de que la justicia encarna los intereses de los más fuertes. Así, las recientes revelaciones de que altos ejecutivos de empresas como Fiat estaban implicados en sobornos, pueden haber provocado ceños fruncidos en Westminster o Westchester, pero difícilmente en Palermo o Roma.

El arraigo de la corrupción en el sistema político italiano es un producto secundario de la falta de confianza entre sus ciudadanos. Lo que lo distingue de la propina abierta practicada en los países en desarrollo es la manera en que las prácticas de soborno y extorsión están institucionalizadas dentro de elaboradas redes de procuradores de favores y buscadores de favores (Della Porta). Éstos se sirven de la reciprocidad para emplear técnicas de soborno y similares con que sacarán una "tajada" del capital que pertenece a los accionistas y a los contribuyentes (Della Porta, 1992). Es probable que no sea una coincidencia el hecho de que este sistema creciera paralelamente al desarrollo de la llamada economía informal, que también surgió gracias a la facilidad con que se podía infringir las leyes de la

seguridad social, de impuestos y otras normas. Incluso antes de las dramáticas revelaciones de corrupción en 1992, especialistas y legos estaban de acuerdo en que la salud del Estado italiano era más bien crítica. La autoridad moral de los altos cargos del Estado no sólo había menguado sino que se transformó en objeto de ridículo dentro y fuera del país. Muchos servicios públicos habían adquirido notoriedad por su ineficiencia y alto coste. En ningún otro país de Europa occidental se movilizaron tanto los intereses regionales para dismantelar el gobierno nacional y quizá, eventualmente, para desmembrar el Estado. Aunque miembro de la Comunidad Europea, Italia no parecía encaminarse al cumplimiento de los criterios que el Tratado de Maastricht había establecido para la adhesión de los países miembros al bloque de la moneda única europea.

Desde que las revelaciones en Milán empezaron a correr el velo del secreto, las presiones que forzaron los cambios de la legislación electoral fueron interpretadas como una reacción popular contra los escándalos que implicaban a las élites empresariales y políticas de Italia por su masiva participación en prácticas de corrupción. No obstante, la idea de que los escándalos sanearían fácilmente al sistema fue impugnada por escritores como Umberto Eco.

"No estamos asistiendo a la revuelta de un país sano contra la cúpula de la corrupción, sino que debemos examinar la conciencia de un país donde impera ampliamente la corrupción... Los italianos sabían a quién tenían que ver para conseguir un favor y cuánto costaba, sabían cómo evadir una multa de tráfico, cómo encontrar un empleo fácil y cómodo con una carta de recomendación, o cómo obtener un contrato sin verse sometido a la competencia. En resumen, a la gente ya le estaba bien y, por lo tanto, se apretaban las narices y votaban».

Alemania y Francia.²³³

Al escribir sobre la Alemania occidental de los años cincuenta, Theodor Eschenburg, un reputado científico político, señaló que «los alemanes, mimados

²³³ Ibid

por una administración pública sumamente honesta durante más de un siglo y medio, son muy sensibles a las acusaciones de corrupción política, incluso hoy» (Heidenheimer, 1978, 259). Posteriormente, sin embargo, desde los años cincuenta hasta los ochenta, en Alemania occidental se dio un modelo de "deconstrucción" de esa antigua reputación de inmunidad a la corrupción política. Los escándalos políticos recurrentes que comportaban acusaciones de corrupción a nivel nacional comprometieron especialmente a una poderosa figura política, Franz-Josef Strauss, líder de la CSU de Baviera, ex Ministro de Defensa y, más tarde Ministro-presidente del Land de Baviera (Bellers, 1989, 78). Sin embargo, a lo largo de los años setenta, los alemanes aún podían «enorgullecerse de vivir en un sistema político relativamente libre de la corrupción», puesto que comparados con otros países occidentales y en desarrollo, «Alemania no tenía una puntuación alta en los rankings de corrupción política (Blankenburg et al., 1989, 913).

Cualquier intento de discutir sobre los escándalos en términos de una metáfora blanco-negro o de escala cromática, debe reconocer que el proceso de escandalización suele implicar una gama de transformaciones camaleónica. Esto viene a hacerse eco de la tesis según la cual los escándalos pueden ser a la vez un «signo de desafío intermitente a la legitimación de la autoridad política». Sin embargo, dichos desafíos pueden consolidar la posición política de quienes se oponen a ellos. En Alemania, esto se vio ilustrado por la manera en que políticos como Franz-Josef Strauss «que han demostrado su habilidad para conservar rigurosamente el poder y que han sobrevivido a varios escándalos, gozan de una mejor clasificación en la valoración de la opinión pública que aquellos cuya rectitud moral suele ser percibida como una expresión de debilidad» (Neckel, 1989, 150). De hecho, los antecedentes de sus escándalos no impidieron que Strauss llegara a ser el candidato de la coalición CDU/CSU a la Cancillería en las elecciones de 1980.

¿Acaso Francia representa un caso intermedio entre Alemania e Italia, en lo que concierne a la reputación de las empresas públicas y de los partidos? Mény sostiene que Francia habría sido un caso de interés especial para Max Weber,

debido a la tensión entre su alta valoración de los valores legales formales y de jerarquía y su vulnerabilidad ante el favoritismo que se extiende a través de camarillas y redes. Mény sugiere que la aceptación del favoritismo difundida por la vía de los gremios y otras estructuras similares, ha llevado a la prensa francesa a no cumplir cabalmente con sus funciones de denuncia de los escándalos, porque sólo practica una forma embrionaria de periodismo de investigación (Mény, 1992: 318). Se nos dice que la diferencia entre los procesos de financiación política de los partidos en Francia por un lado y Alemania e Italia por otro, se debe a que en Francia éstos constituyen meros mecanismos de camuflaje. Disfrazan la distribución de favores de parte de dirigentes y jefes, con escasa tendencia a distinguir entre los gastos de campaña y los flujos de apoyo y favores orientados por intereses privados. De hecho, al observar los casos de corrupción que han aparecido en España, convendría preguntarse si la falta de una cultura cívica suficientemente desarrollada ha impedido que en estos tres países surjan organizaciones de partido responsables, algo que se esperaba que los partidos socialistas impulsarían durante los periodos en que gobernaron en el decenio de 1980. A diferencia de Italia, una de los rasgos distintivos atribuidos al sistema en Francia es la ausencia de corrupción a niveles inferiores, como consecuencia de la menor vulnerabilidad de la burocracia.

«En Francia se puede vivir sin tener que sobornar a un funcionario público. Es posible no experimentar nunca personal y directamente la corrupción. La corrupción sigue siendo un fenómeno sectorial. Aunque algunos sectores se ven gravemente afectados, no es en ningún caso una característica fundamental del sistema político administrativo» (Médard, 115).

Nunca se ha registrado una declaración similar sobre los servicios públicos de parte de algún científico político italiano? A juzgar por la reciente avalancha de revelaciones, sería más plausible postular la tesis de que algunos sectores de las empresas de administración pública no estaban implicados sistemáticamente en problemas de corrupción. El análisis de Yves Mény suscita diversos interrogantes acerca del predominio comparativo de la corrupción a niveles superiores en

Francia. Estos interrogantes nacen de su crítica de la clase política francesa, que soslaya la diferencia entre captación de fondos para fines políticos de los partidos y para fines de lucro personal. Si bien otros definirían a la primera como corrupción gris y a la segunda como negra, Mény sostiene que esta distinción puede ser menos útil en Francia debido a la fluidez de las percepciones y codificaciones. Según él, los partidos parecen ser sólo una manera más de canalizar favores y privilegios para los amigos, como resultado de la privatización de unas reglas públicas (Mény, 1992, 301). Para Mény, existe escasa diferencia entre los sobornos y los nombramientos a cargos oficiales y otras prebendas.

LA CORRUPCIÓN DE LOS GOBIERNOS Y DE LAS EMPRESAS EXTRANJERAS.²³⁴

Si bien el espejo italiano fue útil para medir comparativamente la magnitud de la corrupción en Europa, en el decenio de 1990 empieza a difundirse cada vez más otro tipo de prisma para medir las actividades de corrupción política de las empresas europeas en el extranjero. Su origen es estadounidense y, a partir de la Ley contra las prácticas internacionales de corrupción (FCPA - Foreign Corruption Practices ACT), se basó en técnicas legales destinadas a combatir la corrupción internacional que se había desarrollado a finales del decenio de 1970. Esta ley fue aprobada por el Congreso de Estados Unidos en 1977, en los días que siguieron al escándalo Watergate y a las revelaciones sobre los sobornos generalizados de las empresas estadounidenses en el extranjero. La compañía Lockheed, del sector aeronáutico, se había convertido en la más notoria de las más de 500 empresas que habían manifiestamente pagado a políticos extranjeros y burócratas de alto rango con el fin de obtener un trato preferencial en las ofertas de contratos.

Si bien las leyes de la mayoría de los países permitían el procesamiento de prácticas corruptas en el marco de la jurisdicción nacional, en ningún país importante existían las bases jurídicas para procesar a las empresas o individuos implicados en casos de soborno más allá de las fronteras nacionales. Así, la FCPA

²³⁴ Ibid

inauguró una nueva vía para crear un modelo de lo que los gobiernos podían hacer para controlar efectivamente el comportamiento de las empresas transnacionales en un momento en que la globalización del comercio empezaba a acelerarse a un ritmo sin precedentes. A lo largo del decenio siguiente, el gobierno de Estados Unidos empezó a aplicar la ley a un ritmo muy pausado. Los juicios más severos tuvieron que enfrentarse al argumento de que las empresas estadounidenses quedaban en una posición muy desventajosa, puesto que otros países industrializados, especialmente los países europeos y Japón, no habían introducido una legislación similar. Estos países alentaban las prácticas corruptas de sus empresas en países en desarrollo al seguir tolerando que los gastos por soborno se incluyeran legítimamente en las deducciones de impuestos (Rosenthal, 708-10). Se inició una serie de investigaciones relacionadas con procesos incoados bajo esta ley, y se llevó a los tribunales una docena de casos. En el curso de los años ochenta, muy pocas prácticas de soborno aún vigentes en las empresas europeas instaladas en los países en desarrollo se convirtieron en objeto de crítica o de escándalo. Dichas críticas se vieron inhibidas por la acción poderosas asociaciones comerciales que argumentaban que Alemania no podía permitirse seguir el ejemplo de Estados Unidos mientras competidores en Japón y en otros países europeos siguieran obteniendo contratos mediante sobornos sin temor a verse perseguidos legalmente. Incluso las empresas de los países escandinavos, que se felicitan por su elevado nivel moral, recurrían a las prácticas de corrupción en sus actividades en el extranjero, y éstas no siempre eran objeto de escándalo. Uno de dichos escándalos estalló a partir de las informaciones reveladas por la prensa en India, de que Bofors, una empresa sueca productora de armamento, había incurrido en sobornos generalizados de funcionarios indios para asegurarse contratos muy bien remunerados. Los esfuerzos emprendidos ante organizaciones internacionales como la Cámara Internacional de Comercio para conseguir la adhesión de las empresas a códigos de conducta no prosperaron. Iniciativas similares, emprendidas con el apoyo del Banco Mundial, tampoco lograron obtener una resonancia generalizada.

Las medidas de los sucesivos gobiernos de Estados Unidos para impulsar la rigurosa aplicación de la FCPA e intentaron que otros países emprendieran iniciativas similares variaron sustancialmente de una administración a otra. La propia ley reflejaba fielmente la política exterior moralista de la administración Carter, que también puso énfasis en los antecedentes de otros países en materia de derechos civiles y humanos. Sin embargo, «una vez iniciada la era Reagan y su política de *laissez-faire*, la mayoría de los habitantes de Estados Unidos se sintió menos concernida por cuestiones de orden moral» (Rosenthal, 1989, 712). No fue hasta la llegada de Clinton en 1992 que el gobierno de Estados Unidos volvió a emprender iniciativas diplomáticas más amplias para conseguir que los gobiernos, especialmente los europeos, no se mostraran tan complacientes con la corrupción en sus empresas. Más tarde, dirigieron su atención a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), con sede en París.

Paralelamente a esta actividad a nivel de gobierno, surgieron otras iniciativas cuasi privadas, como la creación en 1993 de una organización llamada Transparency International (TI), fundada por Peter Eigen, un alemán ex funcionario del Banco Mundial. TI obtuvo el apoyo de diversas empresas, individuos y organismos gubernamentales en varios países, con el fin de promover un programa de gran cobertura para informar sobre la incidencia de la corrupción y asuntos relacionados con la misma en numerosas regiones del mundo, poniendo especial énfasis en los países menos desarrollados.

El Bundestag de Alemania fue uno de los principales protagonistas de las tentativas de reforma. La oposición socialdemócrata lanzó una iniciativa para cambiar la legislación que permitía deducciones tributarias para las empresas alemanas en el extranjero. Sin embargo, la moción topó con la oposición del Ministro de Hacienda del gobierno de Kohl y fue derrotada por los votos de los diputados de la CDU (Eigen, 1995). La resistencia de los legisladores alemanes se vio apoyada por publicaciones legales que apoyaban el carácter deducible de los pagos por soborno. Un autor sostenía que dicho carácter deducible podría verse disminuido en casos de soborno doméstico, pero repetían el argumento tradicional

de que las restricciones de esos pagos en el extranjero situarían a la industria alemana en una posición desventajosa ante la competencia, salvo si se actuaba conjuntamente a nivel internacional.

Se observó progresos de otro tipo en la OCDE, cuyo Consejo aprobó en mayo de 1994 una Recomendación sobre los Sobornos en las Transacciones Comerciales Internacionales. Éste fue presentado como el primer acuerdo internacional entre los gobiernos para luchar contra el soborno de funcionarios extranjeros. Entre sus recomendaciones se incluye la de que los países miembros adopten «medidas rápidas y significativas para... disuadir y luchar contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros», mediante la modificación de sus leyes y reglamentos comerciales y tributarios. También se pidió a los gobiernos que realizaran un seguimiento de los registros de prácticas bancarias y de contabilidad, y que reexaminaran las condiciones bajo las cuales otorgan subsidios y firman contratos de adquisición. Posteriormente, los funcionarios de Estados Unidos presionaron a otros países de la OCDE para que siguieran las recomendaciones. Más tarde, en 1995, uno de estos países se quejó de la lentitud de la ejecución y lo atribuyó en parte a los diplomáticos, porque no destacaban suficientemente el tema en sus informes a superiores políticos. El funcionario criticaba indirectamente la tendencia de barrer bajo la alfombra la información comprometedora al sugerir que «si un país duda de que sus empresas estén involucradas en sobornos en el extranjero, tal vez quieran solicitar nuestros conocimientos en la materia. Quizá podamos proporcionarle a ese país documentos que sugieran lo contrario» (Tarullo, 1995, 9).

¿Cuál es la correlación entre la limitada información sobre la voluntad gubernamental y no gubernamental para actuar contra la corrupción de sus empresas nacionales en el extranjero y la evaluación que dan los empresarios acerca de la corrupción de los servicios públicos nacionales? Se puede resumir la información relevante de las iniciativas de la OCDE y de TI de la siguiente manera:

- 1) Algunos países, situados hacia la parte inferior de la columna de los "Menos corruptos", habían emprendido iniciativas a nivel de gobierno que obedecían a las recomendaciones de la OCDE. Uno de ellos es Gran Bretaña, cuyo gobierno descubrió que se podía aplicar una antigua legislación relacionada con el procesamiento judicial de la corrupción doméstica para iniciar procesos penales por las mismas actividades en el exterior. Además, los ingleses tienen una de las representaciones más activas de TI.
- 2) Entre los países más grandes que figuran en la columna "Moderadamente corruptos", Alemania, Japón y Francia tienen antecedentes diferentes. Como se ha señalado más arriba, Alemania es el país anfitrión de la sede central de TI y ha desarrollado una actividad considerable a nivel de gobierno. Sin embargo, no se ha logrado un avance decisivo para lograr que el gobierno alemán se muestre más solidario con los objetivos de la OCDE. El gobierno francés se ha mostrado igualmente inactivo respecto a este asunto. Aunque empezaron con cierto retraso, los franceses acogieron una representación de TI a comienzos de 1995. En cuanto a Japón, este país no se ha mostrado demasiado activo ni emprendiendo iniciativas de gobierno ni generando como mínimo un comienzo de actividad hacia la creación de una representación de TI. Se puede decir lo mismo, a grandes rasgos, sobre Italia (Transparency International, 1995).

Continuando con su política inicial, en abril de 1996 la OCDE pidió formalmente a sus países miembros que revisaran su reglamentación fiscal susceptible de incitar a la corrupción de funcionarios extranjeros mediante el otorgamiento de deducciones fiscales. La oposición francesa y alemana a tal recomendación fue en parte resuelta gracias a la promesa, por parte de la OCDE, de dar un seguimiento a la implementación de esta reforma, y de apoyar al mismo tiempo, acciones similares de gobiernos fuera de la OCDE. Iniciativas relativamente semejantes están imponiéndose simultáneamente en organizaciones regionales, como el Consejo de Europa o la OEA (Simons, 1996).

PRÁCTICAS ANTICORRUPCIÓN Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS MULTILATERALES.²³⁵

Banco Mundial.

El Banco Mundial ha desarrollado estrategias contra la corrupción desde 1996. La estrategia del Banco Mundial se fundamenta en cuatro puntos: (a) prevención de fraude y corrupción en los proyectos que financia, (b) asistencia a los países que requieran su apoyo para reducir la corrupción, (c) hacer explícita la corrupción en cada país y formular estrategias anticorrupción y (d) colaborar en los esfuerzos internacionales para reducir la corrupción. El Banco Mundial cuenta con cinco elementos claves para luchar efectivamente contra la corrupción: (i) aumentar la rendición pública de cuentas, (ii) fortalecer la participación de la sociedad civil, (iii) crear un sector privado competitivo, (iv) implementar restricciones institucionales y (v) mejorar la gerencia y el manejo del sector público.

El Banco Mundial recomienda que (a) toda donación se haga pública y sustentable para que sea auditable, (b) las campañas no usen fondos del Estado, servicios postales ni infraestructura estatal, (c) las campañas se hagan lo menos costosas posible para evitar la financiación por medios ilegítimos, (d) todo el ámbito público sea neutral y (e) se limite el tipo de donantes.

Banco Interamericano de Desarrollo.

El Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante "BID") en el año 2001 aprobó un Marco Sistémico de Lucha contra la Corrupción, el cual definió las medidas necesarias para fortalecer las acciones contra de la corrupción. La mayor parte de países perciben la corrupción como un "obstáculo importante para una asignación correcta y eficiente de los recursos financieros externos e internos" y, por este motivo, el BID decidió enfrentar la corrupción en el contexto de los préstamos y actividades económicas que realiza.

El BID interpreta la corrupción como un subproducto de la ineficiencia institucional, de manera que esta es una característica que debe detectarse adecuadamente,

²³⁵ Ibid, pag 67 y SS.

para lo cual es necesario fortalecer la capacidad de análisis institucional como parte del análisis operativo de cada proyecto. EL BID apoya actividades de las instituciones públicas para luchar contra la corrupción. En Colombia ha apoyado a la Contraloría General de la República y a la Auditoría General de la Nación para fortalecer el sistema de control fiscal. El proyecto incluye la capacidad para analizar cuentas fiscales, así como para fortalecer el trabajo con organizaciones de la sociedad civil.

Fondo Monetario Internacional.

El Fondo Monetario Internacional (en adelante "FMI") adoptó la lucha contra la corrupción desde la perspectiva del buen gobierno. A partir de 1996 reconoció la importancia de "promover una adecuada gestión de gobierno en todos sus aspectos, incluso garantizando el imperio del derecho, promoviendo la eficiencia y la responsabilidad del sector público y haciendo frente a la corrupción, como elementos esenciales de un marco en que puedan prosperar las economías". De igual manera, ha fomentado el desarrollo de instituciones y sistemas administrativos para eliminar las condiciones que facilitan el soborno, la corrupción y las actividades fraudulentas. El FMI se ha comprometido con la asistencia a los países para que mejoren su capacidad de gobierno y limiten las oportunidades para la corrupción. Por lo anterior, el FMI exige a los países miembros mejorar la transparencia y rendición de cuentas a través de la adopción de códigos y estándares para el gobierno, el sector financiero y la empresa privada. El FMI actúa como regulador y ha desarrollado dos códigos de transparencia.

El primero es el Código de Buenas Prácticas en la Transparencia Fiscal, diseñado para mejorar el debate público sobre el diseño y resultados de la política fiscal con el fin de mejorar la rendición de cuentas del gobierno. El segundo es el Código en Buenas Prácticas de Transparencia en Políticas Monetarias y Financieras. Para mejorar la transparencia, la calidad de la información y el tiempo de entrega de la misma el FMI exige a sus miembros suscribir el Estándar Especial de Difusión de Datos (Special Data Dissemination Standard –SDDS-) y participar en el Sistema General de Difusión de Datos (General Data Dissemination System –GDDS-).

El FMI dentro del programa de valoración financiera emite documentos de valoración relativos a la observación que de estos códigos hacen los países miembros. Estos documentos son llamados ROSC (Reports on the Observance of Standard and Codes) y son usualmente preparados en el marco del programa de valoración del sector financiero (Financial Sector Assessment Program). Las valoraciones reflejan las circunstancias particulares de los países miembros en relación con su desarrollo y capacidad institucional. Estas no son calificaciones que impliquen un nivel de aprobación o reprobación. Los países son responsables de implementar las recomendaciones incluidas en los ROSC y en las valoraciones. Con respecto a Colombia, se encuentran ROSC sobre Transparencia Fiscal, Sistemas de Pagos, Regulación de Seguridad y Derechos de Crédito e Insolvencia (Insolvency and Creditor Rights). Examinaremos el ROSC sobre transparencia fiscal, por ser el único que tiene valoración y recomendaciones sobre los temas del presente documento.

El ROSC sobre Transparencia Fiscal en primer lugar evalúa las prácticas de Colombia en transparencia fiscal, con base en las respuestas dadas por las autoridades fiscales a un cuestionario sobre el tema y en segundo lugar, los colaboradores del FMI hacen comentarios sobre transparencia fiscal en Colombia. El ROSC sobre transparencia fiscal señala una serie de problemas como la ausencia de una ley de ordenamiento territorial que defina claramente las responsabilidades frente al gasto de la Nación y de las Entidades Territoriales, la discrecionalidad en la asignación de fondos del Fondo Nacional de Regalías, la falta de estándares en la calidad, disponibilidad y periodicidad de la información pública, así como las deficiencias en materia de regulación. También hace una mención a las actividades privadas de las entidades públicas, como operaciones cuasifiscales y señala la poca información que hay en el mercado sobre la materia.

MARCO LEGAL INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN.

Convención Interamericana Contra la Corrupción.²³⁶

²³⁶ Ibid, Pags 70 a 72

En 1996 los Estados miembros de la OEA adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Este fue el primer tratado de su clase en el mundo. Colombia suscribió la CICC en 1996 y la ratificó por medio de la ley 412 de 1997. La Corte Constitucional en sentencia C-397-98 declaró exequible la CICC y la ley 412. La CICC busca: (a) fortalecer los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en los países del hemisferio occidental, (b) fomentar la eficiencia y aplicabilidad de las acciones que buscan erradicar y sancionar la corrupción en la función pública. Estos objetivos, junto con las medidas preventivas expuestas a continuación, deben ser aplicadas siempre que un presunto acto corrupto haya sido ejecutado en el contexto nacional de un Estado Parte de la CICC.

Para perseguir un hecho de corrupción a través de la CICC no es necesario que exista daño patrimonial de un Estado y tampoco es necesario que el acto se haya producido con posterioridad a la celebración de la CICC. La CICC compromete a los Estados Parte a formular programas y medidas orientadas a crear, mantener y fortalecer mecanismos para (a) promover la participación de la sociedad civil para prevenir la corrupción y aumentar la transparencia en los procesos administrativos, (b) generar sistemas de contratación de funcionarios públicos y adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, que garanticen publicidad y eficiencia, (c) generar normas de conducta para un correcto ejercicio de la función pública, orientadas a prevenir conflictos de intereses y promover el buen uso de los recursos públicos, (d) diseñar e implementar sistemas para declarar bienes, activos, pasivos y rentas de un grupo de funcionarios públicos y hacer publicidad de tales declaraciones, (e) diseñar e implementar sistemas efectivos para la cobranza y recaudo de impuestos y (f) promulgar legislación para eliminar beneficios tributarios para quienes han incurrido en violación a las leyes anticorrupción.

La CICC recomienda contar con medidas para prevenir el soborno de funcionarios públicos, nacionales y extranjeros. Para esto, se debe exigir registros exactos y razonables sobre adquisiciones de activos, así como controles internos que permitan a los propios funcionarios detectar actos de corrupción. También

recomienda tipificar el delito de enriquecimiento ilícito. Los actos de corrupción reconocidos en la CICC son (a) el requerimiento o aceptación de dádivas a cambio del ejercicio u omisión de una función inherente a un cargo público; (b) ofrecimiento u otorgamiento de dádivas a un funcionario público con el mismo objeto del literal anterior; (c) omisión o realización de un acto por parte de un funcionario público con el fin de obtener beneficio personal o para un tercero; (d) aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos mencionados anteriormente y (e) la participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en los actos mencionados. Los Estados Parte crearon un mecanismo de seguimiento de la implementación de la CICC conocido como Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (MESICIC). Este mecanismo organizó la revisión del proceso de implementación de la CICC por rondas o fases. La primera ronda del proceso de evaluación de los Estados Parte no ha terminado. Colombia fue evaluada en el 2003 y el informe de evaluación fue aprobado y publicado en julio de ese mismo año. Las recomendaciones hechas por los expertos del MESICIC en su proceso de evaluación de la situación colombiana son (a) mantener programas de capacitación a los funcionarios públicos al inicio de sus funciones y capacitaciones periódicas sobre el régimen de conflicto de intereses y los mecanismos para hacer efectivas tales normas consagradas en la legislación colombiana, (b) establecer normas de conducta para asegurar la preservación y el uso adecuado de los bienes asignados a los funcionarios públicos, (c) estudiar los registros criminales y disciplinarios con el fin de (i) determinar el origen de las investigaciones por peculado y (ii) determinar los impedimentos o limitaciones de los sistemas de control interno y de control fiscal, con el propósito de evitar desviaciones presupuestales, (d) fortalecer los mecanismos para exigir a los funcionarios públicos informar a las autoridades sobre actos de corrupción en la función pública, a través de capacitación y protección de quienes denuncien actos de corrupción, (e) racionalizar los sistemas de control y evaluación de las declaraciones juradas de bienes y rentas y regular su publicidad, (f) fortalecer los

organismos de control superior y su coordinación para asegurar su presencia en la totalidad de las actividades que involucren recursos públicos, así como establecer mecanismos de evaluación y seguimiento de sus acciones, (g) difundir la existencia y utilización útil de los mecanismos de consulta y audiencias públicas y evaluar estos mecanismos como herramienta para prevenir la corrupción, (h) estimular la participación en la gestión pública, a través de la capacitación de líderes cívicos, la inclusión de programas de educación básica y secundaria relativos a la prevención de la corrupción y al cumplimiento de los deberes cívicos y promover la denuncia de actos de corrupción pública, por lo que es necesario proteger a los denunciantes, (i) organizar el funcionamiento y operación de la Comisión Nacional para la Moralización y de los mecanismos establecidos para su operación, y (j) divulgación amplia a los organismos de control, la fiscalía y la rama judicial de la CICC con el propósito de fortalecer su conocimiento y la aplicación de mecanismos de asistencia jurídica recíproca previstos en la CICC.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.²³⁷

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (la CNUCC) fue suscrita en Mérida, México en diciembre de 2003. Colombia suscribió la CNUCC en 2003 y la ratificó por medio de la ley 970 de 2005. Este instrumento entrará a hacer parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte Constitucional se pronuncie sobre su exequibilidad. La CNUCC busca (a) promover y fortalecer la prevención eficaz y eficiente de la corrupción; (b) promover, facilitar y apoyar la cooperación y asistencia técnica en la prevención y lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos y (c) promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.

Las definiciones contenidas en la CNUCC se refieren a: (i) la calidad del sujeto activo de la corrupción, funcionario público, funcionario público extranjero, funcionario de una organización internacional pública, (ii) el objeto de la corrupción, bienes, producto del delito, (iii) medidas preventivas aplicables,

²³⁷ Ibid, pags 72 a 74

embargo preventivo, incautación, incautación, decomiso, (iv) delito determinante y (v) figura de cooperación internacional entrega vigilada.

La CNUCC es aplicable a la prevención, investigación, juzgamiento, embargo preventivo, incautación, decomiso, restitución del producto de los delitos tipificados en la CNUCC. Para aplicar la CNUCC no es necesario que los delitos produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado. Las disposiciones de la CNUCC no autorizan a los Estados a intervenir en los asuntos internos de otro Estado, ni ejercer jurisdicción o funciones que el derecho interno reserve exclusivamente a sus autoridades.

La CNUCC establece la necesidad de promover la participación de la sociedad y reflejar los principios del imperio de la ley, promover los principios de integridad, transparencia y la obligación de rendición de cuentas. También promueve la creación de sistemas de empleo público que obedezcan a los criterios de eficiencia y transparencia. Los Estados Parte deben evaluar periódicamente sus instrumentos jurídicos y contar con un órgano encargado de prevenir la corrupción. La CNUCC recomienda implementar sistemas de publicidad efectiva en los procesos contractuales, la aplicación de criterios objetivos en las decisiones de contratación y la formulación de sistemas de apelación que permitan la resolución efectiva de inconvenientes que aparezcan en el proceso. También recomienda implementar procedimientos transparentes para la aprobación del presupuesto nacional, la publicidad de información relacionada con gastos ingresos, la formulación de sistemas eficientes de control interno y gestión de riesgos, y la adopción de medidas correctivas para los posibles incumplimientos de estas condiciones. La CNUCC recomienda contar con sistemas de información abiertos al público que permitan conocer procedimientos y decisiones administrativas e implementar medidas para evitar la corrupción en los funcionarios del poder judicial; formular sanciones civiles, administrativas o penales que persuadan al sector público a contar con normas contables y auditorías eficientes; fomentar la participación de personas y grupos no pertenecientes al sector público, que colaboren en la prevención y lucha contra la corrupción, y formular y aplicar medidas para prevenir el blanqueo de dinero. La CNUCC reconoce la necesidad

de tipificar el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, el peculado, la malversación indebida o la desviación de bienes públicos, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el soborno en el sector privado, el peculado en el sector privado, el bloqueo del producto del delito, el encubrimiento y la obstrucción de la justicia. Pide además adoptar medidas para exigir a las instituciones financieras verificar la identidad de sus clientes, determinar la identidad de los beneficiarios finales de sus depósitos de montos considerables, intensificar el escrutinio de cuentas de quienes hayan desempeñado funciones públicas, sus familiares y sus colaboradores cercanos, para descubrir transacciones sospechosas. Los Estados Parte deberán establecer medidas que impidan el funcionamiento de instituciones financieras que no tengan presencia real en el territorio del respectivo Estado y que no estén vinculados a un grupo financiero sujeto a regulación. Los Estados Parte deberán aplicar medidas para luchar contra el lavado de activos, que obliguen a la conservación de los archivos y registros de las instituciones financieras. Los funcionarios públicos deberán declarar información sobre su estado financiero y los Estados Parte podrán compartir esta información con las autoridades competentes de otros Estados Parte para la investigación, juzgamiento, sanción y medidas preventivas relativas a los delitos tipificados en la CNUCC.

Los Estados Parte deberán establecer medidas para recuperar bienes directamente y mediante cooperación internacional. Adicionalmente, hay una provisión sobre la cooperación internacional especial para efectos de que un Estado Parte entregue a otro sin que medie petición alguna, información que pueda ayudar sobre investigaciones o actuaciones judiciales. Los Estados Parte estarán dispuestos a hacer análisis y estudios sobre las tendencias de la corrupción en su territorio, así como de las circunstancias de comisión de los delitos de corrupción. Adicionalmente, los Estados Parte deberán estar dispuestos a desarrollar y compartir estadísticas y experiencia analítica sobre corrupción con el fin de establecer definiciones, normas y metodología comunes cuando esto sea posible. La CNUC no ha entrado en vigor, requiere de la ratificación de por lo menos 30 Estados Parte.

Acuerdo sobre Contratación Pública Organización Mundial de Comercio.²³⁸

Preámbulo

Las Partes en el presente Acuerdo (denominadas en adelante "Partes"), Reconociendo la necesidad de un marco multilateral efectivo de derechos y obligaciones con respecto a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión cada vez mayor del comercio mundial y a mejorar el marco internacional en que éste se desarrolla;

Reconociendo que las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública no deben ser elaborados, adoptados ni aplicados a los productos, los servicios o los proveedores extranjeros o nacionales de forma que se proteja a los nacionales, ni deben discriminar entre los productos, los servicios o los proveedores extranjeros;

Reconociendo que es conveniente lograr que las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública sean transparentes;

Reconociendo la necesidad de establecer procedimientos internacionales de notificación, consulta, vigilancia y solución de diferencias con miras a asegurar un cumplimiento justo, pronto y efectivo de las disposiciones internacionales en materia de contratación pública y a mantener el equilibrio de derechos y obligaciones al nivel más alto posible;

Reconociendo que hay que tener en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados;

Deseando, de conformidad con el apartado b) del párrafo 6 del artículo IX del Acuerdo sobre Compras del Sector Público hecho el 12 de abril de 1979 y

²³⁸ http://www.worldpolicies.com/espaniol/ascp_es_preambulo.html

modificado el 2 de febrero de 1987, ampliar y mejorar el Acuerdo sobre la base de la mutua reciprocidad y ampliar el alcance del Acuerdo a fin de incluir los contratos de servicios;

Deseando alentar a los gobiernos que no sean Partes en el presente Acuerdo a que lo acepten y se adhieran a él; Habiendo emprendido nuevas negociaciones para lograr esos objetivos.

PERCEPCIÓN DE COLOMBIA EN EL ÍNDICE DE LA CORRUPCIÓN MUNDIAL²³⁹

Hoy hay más colombianos que creen que la lucha contra la corrupción en el país se está perdiendo.

Esa es una de las grandes revelaciones del Índice de percepción de corrupción (IPC) 2009, una medición anual realizada por Transparencia Internacional entre empresarios y analistas de cada nación que será revelada este martes en Berlín (Alemania).

Colombia cayó cinco puestos en el ranking internacional de lucha contra las prácticas corruptas: ocupa el puesto 75, entre 180 países evaluados- Su calificación bajó de 3,8 en el 2008 (de un máximo posible de 10) a 3,7 este año. Se había mantenido estable en el puesto 70 en los últimos siete años.

Al respecto, la ONG Transparencia por Colombia señaló que “la baja calificación del país en esta medición y el descenso de cinco puestos reflejan que no ha habido avances sustanciales en la lucha contra la corrupción”.

La encuesta de Transparencia muestra un retroceso general en la lucha anticorrupción en América Latina. Así, en Chile y Uruguay, los únicos países del vecindario que no se rajan (tienen una calificación superior a los 6 puntos), hay menos personas que consideran que el país no tiene problemas de prácticas corruptas.

²³⁹ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3718515>

Colombia está en el puesto 10 entre 28 países de América, en el mismo nivel de Brasil y Surinam. Y, como en los últimos años, Venezuela y Haití sacan las peores notas en transparencia en el hemisferio: 1,9 y 1,4, respectivamente.

“Tomamos nota del descenso y creemos que la alerta sirve para reafirmar el tema de la lucha contra los corruptos en la agenda del Gobierno y la opinión pública”, señaló el Zar Anticorrupción, Óscar Ortiz.

El Gobierno, que acaba de crear un Bloque especial de la Policía para perseguir a los corruptos, alista un paquete de medidas para lidiar con un problema que al año le cuesta al país billones de pesos. La estrategia pasa por el pago de recompensas a quienes denuncien a los funcionarios corruptos y a sus cómplices y por una política de estímulos administrativos, incluidos ascensos, a los funcionarios que denuncien.

La encuesta de Transparencia recoge resultados de otras 13 mediciones y mide percepciones sobre corrupción política y administrativa.

El porcentaje del valor de los contratos que, según encuestas con funcionarios públicos, se destina al pago de sobornos para obtener contratos o pagos rápidos.

Aunque hubo países como Brasil que mejoraron su nota en lucha contra la corrupción, según la medición de Transparencia Internacional, la percepción general en América Latina y el Caribe es que los pícaros ganan terreno.

Las mejores notas en transparencia están en países del primer mundo: Nueva Zelanda (9,4); Dinamarca (9,3) Singapur y Suecia (9,2), y Suiza (9,0) están lejos del resto.

Estados Unidos ocupa el puesto 19 (7,4) y en la medición general solo dos países latinos, Chile y Uruguay, tienen una percepción aceptable de lucha contra la corrupción. Este año, sin embargo, bajaron de 6,9 a 6,7 sus notas.

El 3,7 de Colombia, Brasil y Perú –que si se tratara de un examen está a más de 2 puntos de la nota mínima para pasar raspando la materia (6) es la tercera mejor calificación de la región.

Por debajo están países como Argentina, México y, mucho más atrás, Venezuela. ¿Qué está fallando en la estrategia contra los corruptos? Huguette Labelle, presidenta de Transparencia Internacional, da su explicación: “Contener la

corrupción requiere un activo control del poder legislativo, un poder judicial eficiente, organismos de auditoría y lucha contra la corrupción independientes y con recursos adecuados, una aplicación enérgica de la ley y una sociedad dinámica”.

REDACCIÓN JUSTICIA Oscar Ortiz, el zar anticorrupción, revela que la estrategia de pagar por información, que ha sido clave en la lucha contra los grupos armados ilegales, va a ser punta de lanza en la acción contra los que se roban la plata de todos los colombianos.

¿Por qué cae la nota del país en transparencia? Estas encuestas nos alertan, deben servir para que tanto el Estado como la ciudadanía avancemos y hagamos esfuerzos adicionales para confrontar la corrupción. Hay un problema real y debemos ser conscientes de la magnitud y características que tiene el fenómeno.

¿Qué se está haciendo? El Gobierno hizo un primer consejo comunitario anticorrupción y tomó la decisión de reforzar un equipo de la Policía, que pasó de 28 a 70 investigadores, para abordar los casos más graves. Y hay más medidas: generar recompensas a quienes denuncien e incluir en los programas de protección de testigos a esos informantes.

¿Recompensas a los que delaten a los corruptos? En una reunión con el vicepresidente Francisco Santos y el general Óscar Naranjo se decidió reasignar recursos para motivar a las personas que contribuyan con información que permita que avancen investigaciones penales, disciplinarias o fiscales en casos de corrupción. Esto no es solo anuncio: incluso estamos mirando la posibilidad de generar estímulos de carrera administrativa para los funcionarios que se atrevan a denunciar lo que hacen mal sus compañeros o sus jefes. Estamos trabajando en ampliar el monto de los recursos previstos. Ya hay cerca de 1.000 millones de pesos para ello y se está conversando con el Ministerio de Hacienda para conseguir más recursos.

¿Qué tanto pesa el hecho de que a pesar de los escándalos no haya renunciadas o destituciones, o que las personas condenadas por corrupción mantengan su poder político? Lo enmarcaría en un tema de impunidad. En Colombia hay mucha corrupción, pero poco corrupto. Me explico: el corrupto hace unas cuentas, un

cálculo racional, y mide el riesgo de ser detectado y castigado. Es bajo, y por eso se animan tantas personas. Eso es un estímulo dañino.

De cada dos personas consultadas en todo el mundo respondió que cree que los empresarios les pagan a funcionarios para obtener los mejores negocios con el Estado

ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE CORRUPCIÓN.

La organización internacional Transparencia Internacional publica desde 1995 el Índice de percepción de la corrupción que mide, en una escala de cero (percepción de muy corrupto) a diez (percepción de ausencia de corrupción), los niveles de percepción de corrupción en el sector público en un país determinado y consiste en un índice compuesto, que se basa en diversas encuestas a expertos y empresas. La transparencia y fiabilidad de este índice es muy discutible, ya que el resultado esta atado a los intereses de los expertos y las empresas de los países que son consultados.

Índice 2008

El IPC 2008 clasifica 180 países (la misma cantidad que el IPC 2007).²⁴⁰ Dinamarca, Nueva Zelanda y Suecia comparten la mayor puntuación, de 9,3, seguidos inmediatamente por Singapur, con 9,2. Al final de la lista se ubica Somalia, con 1,0, precedida por una estrecha diferencia por Iraq y Birmania, con una puntuación de 1,3, y por Haití, con 1,4.²⁴¹

Si bien los cambios en la puntuación del Índice no se producen rápidamente, se han registrado modificaciones significativas en las estadísticas correspondientes a

²⁴⁰ http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008 En http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_percepci%C3%B3n_de_corrupci%C3%B3n#Ranking_2001-2008.

²⁴¹ Ibid.

algunos países, tanto en el extremo superior como inferior del IPC. Un análisis de las encuestas incluidas tanto en el Índice 2007 como 2008 indica que existen descensos significativos en las puntuaciones de Bulgaria, Burundi, Maldivas, Noruega y el Reino Unido. Del mismo modo, pueden identificarse mejoras significativas en términos estadísticos en Albania, Chipre, Georgia, Mauricio, Nigeria, Omán, Qatar, Corea del Sur, Tonga y Turquía.²⁴²

Índice 2007

El IPC 2007 clasifica a 180 países. Este año se incluyen tres nuevas fuentes: Clasificaciones de Evaluación del Desempeño Nacional del Banco Asiático de Desarrollo, Evaluaciones Institucionales y de las Políticas Nacionales del Banco Africano de Desarrollo y el Índice de Transformación de Bertelsmann lo que permitió la inclusión de Afganistán, Cabo Verde, Comoras, Guinea-Bissau, Kiribati, Liberia, Maldivas, Montenegro, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Islas Salomón, Somalia, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, Tonga, Vanuatu y Yibuti.²⁴³

Respecto de 2006, se han registrado deterioros significativos en Austria, Bahrein, Belice, Bután, Jordania, Laos, Macao, Malta, Mauricio, Omán, Papúa Nueva Guinea y Tailandia. Asimismo, se han registrado mejoras en Costa Rica, Croacia, Cuba, República Checa, Dominica, Italia, Macedonia, Namibia, Rumania, Seychelles, Sudáfrica, Surinam y Swazilandia.²⁴⁴

Índice 2006

El IPC 2006 clasifica a 163 países. Entre los países con un empeoramiento significativo de los niveles de corrupción percibida se encuentran: Brasil, Cuba, Israel, Jordania, Laos, Seychelles, Trinidad y Tobago, Túnez y Estados Unidos. Entre los países con una mejora significativa de los niveles de corrupción percibida

²⁴² Ibid.

²⁴³ http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2007/cpi2007 En http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_percepci%C3%B3n_de_corrupci%C3%B3n#cite_note-IPC_2007-1

²⁴⁴ Ibid

se encuentran: Algeria, la República Checa, la India, Japón, Letonia, Líbano, Mauricio, Paraguay, Eslovenia, Turquía, Turkmenistán y Uruguay.²⁴⁵

Índice 2004

Al igual que en 2003, muchos países productores de petróleo tienen alta tasa de corrupción percibida. Tal es el caso de Angola, Azerbaijón, Chad, Ecuador, Indonesia, Irán, Iraq, Kazajistán, Libia, Nigeria, Rusia, Sudán, Venezuela y Yemen.

Países donde aumentó más fuertemente la corrupción percibida: Bahrain, Belice, Chipre, República Dominicana, Jamaica, Kuwait, Luxemburgo, Mauricio, Omán, Polonia, Arabia Saudita, Senegal y Trinidad y Tobago.

Países donde disminuyó la percepción de la corrupción: Austria, Botswana, República Checa, El Salvador, Francia, Gambia, Alemania, Jordania, Suiza, Tanzania, Tailandia, Uganda, Emiratos Árabes Unidos y Uruguay.

Índice 2003

En 2003, son 133 los países encuestados, y de acuerdo a los resultados obtenidos, siete de cada diez países tienen un índice inferior a cinco sobre un puntaje limpio de 10. La proporción se eleva a nueve de cada diez en los países en vías de desarrollo.

²⁴⁵ http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2006/cpi_2006 En http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_percepci%C3%B3n_de_corrupci%C3%B3n#cite_note-IPC_2006-2

País	2008 ²⁴⁶		2007 ²⁴⁷		2006 ²⁴⁸		2005		2004		2003		2002		2001
	Índice	Rango	Índice	Rango	Índice	Rango	Índice	Rango	Índice	Rango	Índice	Rango	Índice	Rango	Índice
<u>Dinamarca</u>	9,3	1/180	9,4	1/180	9,4	4/163	9,5	4/159	9,5	3/146	9,5	3/133	9,5	2/102	9,5
<u>Nueva Zelanda</u>	9,3	1/180	9,4	1/180	9,6	1/163	9,6	2/159	9,6	2/146	9,5	3/133	9,5	2/102	9,4
<u>Suecia</u>	9,3	1/180	9,4	1/180	9,2	6/163	9,2	6/159	9,2	6/146	9,3	6/133	9,3	5/102	9
<u>Singapur</u>	9,2	4/180	9,4	1/180	9,4	5/163	9,4	5/159	9,3	5/146	9,4	5/133	9,3	5/102	9,2
<u>Finlandia</u>	9	5/180	9,4	1/180	9,6	1/163	9,6	2/159	9,7	1/146	9,7	1/133	9,7	1/102	9,9
<u>Suiza</u>	9	5/180	9	7/180	9,1	7/163	9,1	7/159	9,1	7/146	8,8	8/133	8,5	12/102	8,4
<u>Islandia</u>	8,9	7/180	9,2	6/180	9,6	1/163	9,7	1/159	9,5	3/146	9,6	2/133	9,4	4/102	9,2
<u>Países Bajos</u>	8,9	7/180	9	7/180	8,7	9/163	8,6	11/159	8,7	10/146	8,9	7/133	9	7/102	8,8
<u>Australia</u>	8,7	9/180	8,6	11/180	8,7	9/163	8,8	9/159	8,8	9/146	8,8	8/133	8,6	11/102	8,5
<u>Canadá</u>	8,7	9/180	8,7	9/180	8,5	14/163	8,4	14/159	8,5	12/146	8,7	11/133	9	7/102	8,9
<u>Luxemburgo</u>	8,3	11/180	8,4	12/180	8,6	11/163	8,5	13/159	8,4	13/146	8,7	11/133	9	7/102	8,7
<u>Austria</u>	8,1	12/180	8,1	15/180	8,6	11/163	8,7	10/159	8,4	13/146	8	14/133	7,8	15/102	7,8
<u>Hong Kong</u>	8,1	12/180	8,3	14/180	8,3	15/163	8,3	15/159	8	16/146	8	14/133	8,2	14/102	7,9
<u>Alemania</u>	7,9	14/180	7,8	16/180	8	16/163	8,2	16/159	8,2	15/146	7,7	16/133	7,3	18/102	7,4
<u>Noruega</u>	7,9	14/180	8,7	9/180	8,8	8/163	8,9	8/159	8,9	8/146	8,8	8/133	8,5	12/102	8,6

²⁴⁶ http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008

²⁴⁷ http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2007/cpi2007

²⁴⁸ http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2006/cpi_2006

<u>Irlanda</u>	7,7	16/180	7,5	17/180	7,4	18/163	7,4	19/159	7,5	17/146	7,5	18/133	6,9	23/102	7,5
<u>Reino Unido</u>	7,7	16/180	8,4	12/180	8,6	11/163	8,6	11/159	8,6	11/146	8,7	11/133	8,7	10/102	8,3
<u>Bélgica</u>	7,3	18/180	7,1	21/180	7,3	20/163	7,4	19/159	7,5	17/146	7,6	17/133	7,1	20/102	6,6
<u>Japón</u>	7,3	18/180	7,5	17/180	7,6	17/163	7,3	21/159	6,9	24/146	7	21/133	7,1	20/102	7,1
<u>Estados Unidos</u>	7,3	18/180	7,2	20/180	7,3	20/163	7,6	17/159	7,5	17/146	7,5	18/133	7,7	16/102	7,6
<u>Santa Lucía</u>	7,1	21/180	6,8	24/180											
<u>Barbados</u>	7	22/180	6,9	23/180	6,7	24/163	6,9	24/159	7,3	21/146					
<u>Chile</u>	6,9	23/180	7	22/180	7,3	20/163	7,3	21/159	7,4	20/146	7,4	20/133	7,5	17/102	7,5
<u>Francia</u>	6,9	23/180	7,3	19/180	7,4	18/163	7,5	18/159	7,1	22/146	6,9	23/133	6,3	25/102	6,7
<u>Uruguay</u>	6,9	23/180	6,7	25/180	6,4	28/163	5,9	32/159	6,2	28/146	5,5	33/133	5,1	32/102	5,1
<u>Eslovenia</u>	6,7	26/180	6,6	27/180	6,4	28/163	6,1	31/159	6	31/146	5,9	29/133	6	27/102	5,2
<u>Estonia</u>	6,6	27/180	6,5	28/180	6,7	24/163	6,4	27/159	6	31/146	5,5	33/133	5,6	29/102	5,6
<u>España</u>	6,5	28/180	6,7	25/180	6,8	23/163	7	23/159	7,1	22/146	6,9	23/133	7,1	20/102	7
<u>Qatar</u>	6,5	28/180	6	32/180	6	32/163	5,9	32/159	5,2	38/146	5,6	32/133	9,4	4/102	9,2
<u>San Vicente y las Granadinas</u>	6,5	28/180	6,1	32/180											
<u>Chipre</u>	6,4	31/180	5,3	39/180	5,6	37/163	5,7	37/159	5,4	36/146	6,1	27/133			
<u>Portugal</u>	6,1	32/180	6,5	28/180	6,6	26/163	6,5	26/159	6,3	27/146	6,6	25/133	6,3	25/102	6,3
<u>Dominica</u>	6	33/180	5,6	37/180	4,5	53/163									
<u>Israel</u>	6	33/180	6,1	30/180	5,9	34/163	6,3	28/159	6,4	26/146	7	21/133	7,3	18/102	7,6
<u>Emiratos Árabes Unidos</u>	5,9	35/180	5,7	34/180	6,2	31/163	6,2	30/159	6,1	29/146	5,2	37/133	9	7/102	8,4
<u>Botsuana</u>	5,8	36/180	5,4	38/180	5,6	37/163	5,9	32/159	6	31/146	5,7	30/133	6,4	24/102	6
<u>Malta</u>	5,8	36/180	5,8	33/180	6,4	28/163	6,6	25/159	6,8	25/146					
<u>Puerto Rico</u>	5,8	36/180													
<u>Taiwán</u>	5,7	39/180	5,7	34/180	5,9	34/163	5,9	32/159	5,6	35/146	5,7	30/133	5,6	29/102	5,9

<u>Corea del Sur</u>	5,6	40/180	5,1	43/180	5,1	42/163	5	40/159	4,5	47/146	4,3	50/133	4,5	40/102	4,2
<u>Mauricio</u>	5,5	41/180	4,7	53/180	5,1	42/163	4,2	51/159	4,1	54/146	4,4	48/133	4,5	40/102	4,5
<u>Omán</u>	5,5	41/180	4,7	53/180	5,4	39/163	6,3	28/159	6,1	29/146	6,3	26/133	9,4	4/102	9,2
<u>Bahréin</u>	5,4	43/180	5	46/180	5,7	36/163	5,8	36/159	5,8	34/146					
<u>Macao</u>	5,4	43/180	5,7	34/180	6,6	26/163									
<u>Bután</u>	5,2	45/180	5	46/180	6	32/163									
<u>República Checa</u>	5,2	45/180	5,2	41/180	4,8	46/163	4,3	47/159	4,2	51/146	3,9	54/133	3,7	52/102	3,9
<u>Cabo Verde</u>	5,1	47/180	4,9	49/180											
<u>Costa Rica</u>	5,1	47/180	5	46/180	4,1	55/163	4,2	51/159	4,9	41/146	4,3	50/133	4,5	40/102	4,5
<u>Hungría</u>	5,1	47/180	5,3	39/180	5,2	41/163	5	40/159	4,8	42/146	4,8	40/133	4,9	33/102	5,3
<u>Jordania</u>	5,1	47/180	4,7	53/180	5,3	40/163	5,7	37/159	5,3	37/146	4,6	43/133	4,5	40/102	4,9
<u>Malasia</u>	5,1	47/180	5,1	43/180	5	44/163	5,1	39/159	5	39/146	5,2	37/133	4,9	33/102	5
<u>Eslovaquia</u>	5	52/180	4,9	49/180	4,7	49/163	4,3	47/159	4	58/146	3,7	59/133	9,3	5/102	9,2
<u>Letonia</u>	5	52/180	4,8	51/180	4,7	49/163	4,2	51/159	4	57/146	3,8	57/133	3,7	52/102	3,4
<u>Sudáfrica</u>	4,9	54/180	5,1	43/180	4,6	51/163	4,5	46/159	4,6	44/146	4,4	48/133	4,8	36/102	4,8
<u>Italia</u>	4,8	55/180	5,2	41/180	4,9	45/163	5	40/159	4,8	42/146	5,3	35/133	5,2	31/102	5,5
<u>Seychelles</u>	4,8	55/180	4,5	57/180	3,6	63/163	4	55/159	4,4	48/146					
<u>Grecia</u>	4,7	57/180	4,6	56/180	4,4	54/163	4,3	47/159	4,3	49/146	4,3	50/133	4,2	44/102	4,2
<u>Lituania</u>	4,6	58/180	4,8	51/180	4,8	46/163	4,8	44/159	4,6	44/146	4,7	41/133	4,8	36/102	4,8
<u>Polonia</u>	4,6	58/180	4,2	61/180	3,7	61/163	3,4	70/159	3,5	67/146	3,6	64/133	4	45/102	4,1
<u>Turquía</u>	4,6	58/180	4,1	64/180	3,8	60/163	3,5	65/159	3,2	77/146	3,1	77/133	3,2	64/102	3,6
<u>Namibia</u>	4,5	61/180	4,5	57/180	4,1	55/163	4,3	47/159	4,1	54/146	4,7	41/133	5,7	28/102	5,4
<u>Croacia</u>	4,4	62/180	4,1	64/180	3,4	69/163	3,4	70/159	3,5	67/146	3,7	59/133	3,8	51/102	3,9
<u>Samoa</u>	4,4	62/180	4,5	57/180											
<u>Túnez</u>	4,4	62/180	4,2	61/180	4,6	51/163	4,9	43/159	5	39/146	4,9	39/133	4,8	36/102	5,3
<u>Cuba</u>	4,3	65/180	4,2	61/180	3,5	66/163	3,8	59/159	3,7	62/146	4,6	43/133			
<u>Kuwait</u>	4,3	65/180	4,3	60/180	4,8	46/163	4,7	45/159	4,6	44/146	5,3	35/133	9,5	2/102	9,5

<u>El Salvador</u>	3,9	67/180	4	67/180	4	57/163	4,2	51/159	4,2	51/146	3,7	59/133	3,4	62/102	3,6
<u>Georgia</u>	3,9	67/180	3,4	79/180	2,8	99/163	2,3	130/159	2	133/146	1,8	124/133	2,4	85/102	9,5
<u>Ghana</u>	3,9	67/180	3,7	69/180	3,3	70/163	3,5	65/159	3,6	64/146	3,3	70/133	3,9	50/102	3,4
<u>Colombia</u>	3,8	70/180	3,8	68/180	3,9	59/163	4	55/159	3,8	60/146	3,7	59/133	3,6	57/102	3,8
<u>Rumania</u>	3,8	70/180	3,7	69/180	3,1	84/163	3	85/159	2,9	89/146	2,8	83/133	2,6	77/102	2,8
<u>Bulgaria</u>	3,6	72/180	4,1	64/180	4	57/163	4	55/159	4,1	54/146	3,9	54/133	4	45/102	3,9
<u>China</u>	3,6	72/180	3,5	72/180	3,3	70/163	3,2	78/159	3,4	71/146	3,4	66/133	3,5	59/102	3,5
<u>México</u>	3,6	72/180	3,5	72/180	3,3	70/163	3,5	65/159	3,6	64/146	3,6	64/133	3,6	57/102	3,7
<u>Macedonia</u>	3,6	72/180	3,3	84/180	2,7	105/163	2,7	103/159	2,7	97/146	2,3	106/133	9,5	2/102	9,5
<u>Perú</u>	3,6	72/180	3,5	72/180	3,3	70/163	3,5	65/159	3,5	67/146	3,7	59/133	4	45/102	4,1
<u>Surinam</u>	3,6	72/180	3,5	72/180	3	90/163	3,2	78/159	4,3	49/146					
<u>Suazilandia</u>	3,6	72/180	3,3	84/180	2,5	121/163	2,7	103/159							
<u>Trinidad y Tobago</u>	3,6	72/180	3,4	79/180	3,2	79/163	3,8	59/159	4,2	51/146	4,6	43/133	9	7/102	8,4
<u>Arabia Saudita</u>	3,5	80/180	3,4	79/180	3,3	70/163	3,4	70/159	3,4	71/146	4,5	46/133	9,4	4/102	9,2
<u>Brasil</u>	3,5	80/180	3,5	72/180	3,3	70/163	3,7	62/159	3,9	59/146	3,9	54/133	4	45/102	4
<u>Burkina Faso</u>	3,5	80/180	2,9	105/180	3,2	79/163	3,4	70/159							
<u>Marruecos</u>	3,5	80/180	3,5	72/180	3,2	79/163	3,2	78/159	3,2	77/146	3,3	70/133	3,7	52/102	9,5
<u>Tailandia</u>	3,5	80/180	3,3	84/180	3,6	63/163	3,8	59/159	3,6	64/146	3,3	70/133	3,2	64/102	3,2
<u>Albania</u>	3,4	85/180	2,9	105/180	2,6	111/163	2,4	126/159	2,5	108/146	2,5	92/133	2,5	81/102	
<u>India</u>	3,4	85/180	3,5	72/180	3,3	70/163	2,9	88/159	2,8	90/146	2,8	83/133	2,7	71/102	2,7
<u>Madagascar</u>	3,4	85/180	3,2	94/180	3,1	84/163	2,8	97/159	3,1	82/146	2,6	88/133	1,7	98/102	9,5
<u>Montenegro</u>	3,4	85/180	3,3	84/180											
<u>Panamá</u>	3,4	85/180	3,2	94/180	3,1	84/163	3,5	65/159	3,7	62/146	3,4	66/133	3	67/102	3,7

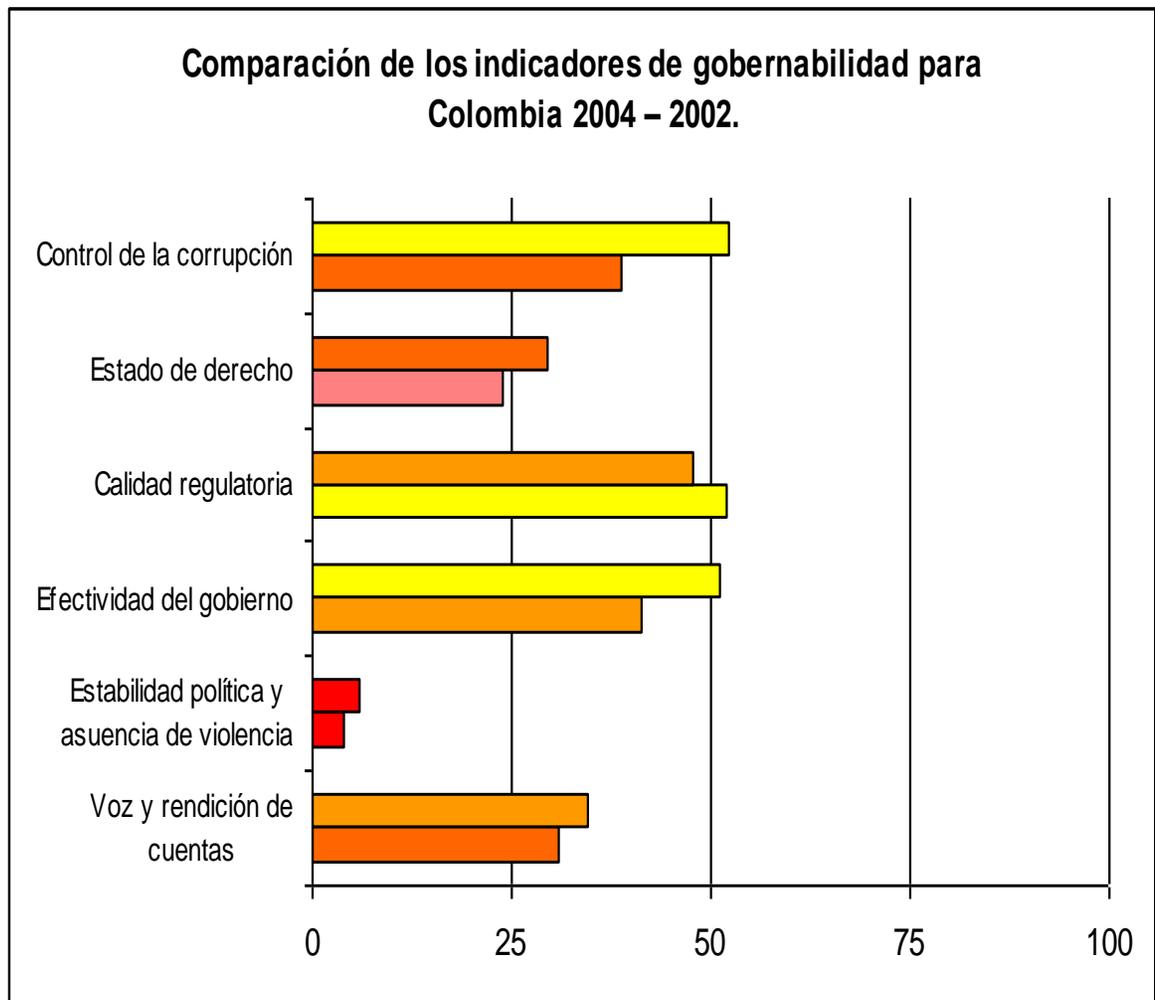
<u>Moldavia</u>	2,9	109/180	2,8	111/180	3,2	79/163	2,9	88/159	2,3	114/146	2,4	100/133	2,1	93/102	3,1
<u>Vanuatu</u>	2,9	109/180	3,1	98/180											
<u>Egipto</u>	2,8	115/180	2,9	105/180	3,3	70/163	3,4	70/159	3,2	77/146	3,3	70/133	3,4	62/102	3,6
<u>Malauí</u>	2,8	115/180	2,7	118/180	2,7	105//163	2,8	97/159	2,8	90/146	2,8	83/133	2,9	68/102	3,2
<u>Maldivas</u>	2,8	115/180	3,3	84/180											
<u>Mauritania</u>	2,8	115/180	2,6	123/180	3,1	84/163									
<u>Níger</u>	2,8	115/180	2,6	123/180	2,3	138/163	2,4	126/159	2,2	122/146					
<u>Zambia</u>	2,8	115/180	2,6	123/180	2,6	111/163	2,6	107/159	2,6	102/146	2,5	92/133	2,6	77/102	2,6
<u>Nepal</u>	2,7	121/180	2,5	131/180	2,5	121/163	2,5	117/159	2,8	90/146					
<u>Nigeria</u>	2,7	121/180	2,2	147/180	2,2	142/163	1,9	152/159	1,6	144/146	1,4	132/133	1,6	101/102	1
<u>Santo Tomé y Príncipe</u>	2,7	121/180	2,7	118/180											
<u>Togo</u>	2,7	121/180	2,3	143/180	2,4	130/163									
<u>Vietnam</u>	2,7	121/180	2,6	123/180	2,6	111/163	2,6	107/159	2,6	102/146	2,4	100/133	2,4	85/102	2,6
<u>Eritrea</u>	2,6	126/180	2,8	111/180	2,9	93/163	2,6	107/159	2,6	102/146					
<u>Etiopía</u>	2,6	126/180	2,4	138/180	2,4	130/163	2,2	137/159	2,3	114/146	2,5	92/133	3,5	59/102	
<u>Guyana</u>	2,6	126/180	2,6	123/180	2,5	121/163	2,5	117/159							
<u>Honduras</u>	2,6	126/180	2,5	131/180	2,5	121/163	2,6	107/159	2,3	114/146	2,3	106/133	2,7	71/102	2,7
<u>Indonesia</u>	2,6	126/180	2,3	143/180	2,4	130/163	2,2	137/159	2	133/146	1,9	122/133	1,9	96/102	1,9
<u>Libia</u>	2,6	126/180	2,5	131/180	2,7	105/163	2,5	117/159	2,5	108/146	2,1	118/133	9,5	2/102	9,5
<u>Mozambique</u>	2,6	126/180	2,8	111/180	2,8	99/163	2,8	97/159	2,8	90/146	2,7	86/133	9,5	2/102	9,5
<u>Uganda</u>	2,6	126/180	2,8	111/180	2,5	105/163	2,5	117/159	2,6	102/146	2,2	113/133	2,1	93/102	1,9
<u>Comoras</u>	2,5	134/180	2,6	123/180											
<u>Nicaragua</u>	2,5	134/180	2,6	123/180	2,6	111/163	2,6	107/159	2,7	97/146	2,6	88/133	2,5	81/102	2,4
<u>Pakistán</u>	2,5	134/180	2,4	138/180	2,2	142/163	2,1	144/159	2,1	129/146	2,5	92/133	2,6	77/102	2,3
<u>Ucrania</u>	2,5	134/180	2,7	118/180	2,8	99/163	2,6	107/159	2,2	122/146	2,3	106/133	2,4	85/102	2,1
<u>Liberia</u>	2,4	138/180	2,1	150/180			2,2	137/159							
<u>Paraguay</u>	2,4	138/180	2,4	138/180	2,6	111/163	2,1	144/159	1,9	140/146	1,6	129/133	1,7	98/102	9,2

<u>Tonga</u>	2,4	138/180	1,7	175/180											
<u>Camerún</u>	2,3	141/180	2,4	138/180	2,3	138/163	2,2	137/159	2,1	129/146	1,8	124/133	2,2	89/102	2,3
<u>Filipinas</u>	2,3	141/180	2,5	131/180	2,5	121/163	2,5	117/159	2,6	102/146	2,5	92/133	2,6	77/102	2,9
<u>Irán</u>	2,3	141/180	2,5	131/180	2,7	105/163	2,9	88/159	2,9	87/146	3	78/133	9,5	2/102	9,5
<u>Yemen</u>	2,3	141/180	2,5	131/180	2,6	111/163	2,7	103/159	2,4	112/146	2,6	88/133	2,7	71/102	2,9
<u>Kazajistán</u>	2,2	145/180	2,1	150/180	2,6	111/163	2,6	107/159	2,2	122/146	2,4	100/133	2,3	88/102	2,7
<u>Timor Oriental</u>	2,2	145/180	2,6	123/180	2,6	111/163									
<u>Banladesh</u>	2,1	147/180	2	162/180	2	156/163	1,7	158/159	1,5	145/146	1,3	133	1,2	102	0,4
<u>Kenia</u>	2,1	147/180	2,1	150/180	2,2	142/163	2,1	144/159	2,1	129/146	1,9	122/133	1,9	96/102	2
<u>Rusia</u>	2,1	147/180	2,3	143/180	2,5	121/163	2,4	126/159	3,3	74/146	4,2	53/133	4,8	36/102	
<u>Siria</u>	2,1	147/180	2,4	138/180	2,9	93/163	3,4	70/159	3,4	71/146	3,4	66/133	9	7/102	8,4
<u>Bielorrusia</u>	2	151/180	2,1	150/180	2,1	151/163	2,6	107/159	3,3	74/146	4,2	53/133	4,8	36/102	
<u>Costa de Marfil</u>	2	151/180	2,1	150/180	2,1	151/163	1,9	152/159	2	133/146	2,1	118/133			
<u>Ecuador</u>	2	151/180	2,1	150/180	2,3	138/163	2,5	117/159	2,4	112/146	2,2	113/133	2,2	89/102	2,3
<u>Laos</u>	2	151/180	1,9	168/180	2,6	111/163	3,3	77/159							
<u>Papúa Nueva Guinea</u>	2	151/180	2	162/180	2,4	130/163	2,3	130/159	2,6	102/146	2,1	118/133	9,4	4/102	9,2
<u>República Centrafricana</u>	2	151/180	2	162/180	2,4	130/163									
<u>Tayikistán</u>	2	151/180	2,1	150/180	2,2	142/163	2,1	144/159	2	133/146	1,8	124/133	9	7/102	8,4
<u>Angola</u>	1,9	158/180	2,2	147/180	2,2	142/163	2	151/159	2	133/146	1,8	124/133	1,7	98/102	
<u>Azerbaiyán</u>	1,9	158/180	2,1	150/180	2,4	130/163	2,2	137/159	1,9	140/146	1,8	124/133	2	95/102	2
<u>Burundi</u>	1,9	158/180	2,5	131/180	2,4	130/163	2,3	130/159							
<u>Gambia</u>	1,9	158/180	2,3	143/180	2,5	121/163	2,7	103/159	2,8	90/146	2,5	92/133	9,5	2/102	9,5

<u>Guinea-Bissau</u>	1,9	158/180	2,2	147/180											
<u>República del Congo</u>	1,9	158/180	2,1	150/180	2,2	142/163	2,3	130/159	2,3	114/146	2,2	113/133	4	45/102	3,9
<u>Sierra Leona</u>	1,9	158/180	2,1	150//180	2,2	142/163	2,4	126/159	2,3	114/146	2,2	113/133	9,4	4/102	9,2
<u>Venezuela</u>	1,9	158/180	2	162/180	2,3	138/163	2,3	130/159	2,3	114/146	2,4	100/133	2,5	81/102	2,8
<u>Camboya</u>	1,8	166/180	2	162/180	2,1	151/163	2,3	130/159							
<u>Kirguistán</u>	1,8	166/180	2,1	150/180	2,2	142/163	2,3	130/159	2,2	122/146	2,1	118/133	9,5	2/102	9,5
<u>Turkmenistán</u>	1,8	166/180	2	162/180	2,2	142/163	1,8	155/159	2	133/146					
<u>Uzbekistán</u>	1,8	166/180	1,7	175/180	2,1	151/163	2,2	137/159	2,3	114/146	2,4	100/133	2,9	68/102	2,7
<u>Zimbabue</u>	1,8	166/180	2,1	150/180	2,4	130/163	2,6	107/159	2,3	114/146	2,3	106/133	2,7	71/102	2,9
<u>Guinea Ecuatorial</u>	1,7	171/180	1,9	168/180	2,1	151/163	1,9	152/159							
<u>República Democrática del Congo</u>	1,7	171/180	1,9	168/180	2	156/163	2,1	144/159	2	133/146					
<u>Chad</u>	1,6	173/180	1,8	172/180	2	156/163	1,7	158/159	1,7	142/146					
<u>Guinea</u>	1,6	173/180	1,9	168/180	1,9	160/163									
<u>Sudán</u>	1,6	173/180	1,8	172/180	2	156/163	2,1	144/159	2,2	122/146	2,3	106/133	9,3	5/102	9,2
<u>Afganistán</u>	1,5	176/180	1,8	172/180			2,5	117/159							
<u>Haití</u>	1,4	177/180	1,6	177/180	1,8	163/163	1,8	155/159	1,5	145/146	1,5	131/133	2,2	89/102	9,5
<u>Birmania</u>	1,3	178/180	1,4	179/180	1,9	160/163	1,8	155/159	1,7	142/146	1,6	129/133	9,5	2/102	9,5
<u>Iraq</u>	1,3	178/180	1,5	178/180	1,9	160/163	2,2	137/159	2,1	129/146					
<u>Somalia</u>	1	180/180	1,4	179/180			2,1	144/159							
<u>Fiji</u>							4	55/159							

<u>Grenada</u>			3,4	79/180	3,5	66/163										
<u>Autoridad Nacional Palestina</u>							2,6	107/159	2,5	108/146	3	78/133	9,4	4/102	9,2	

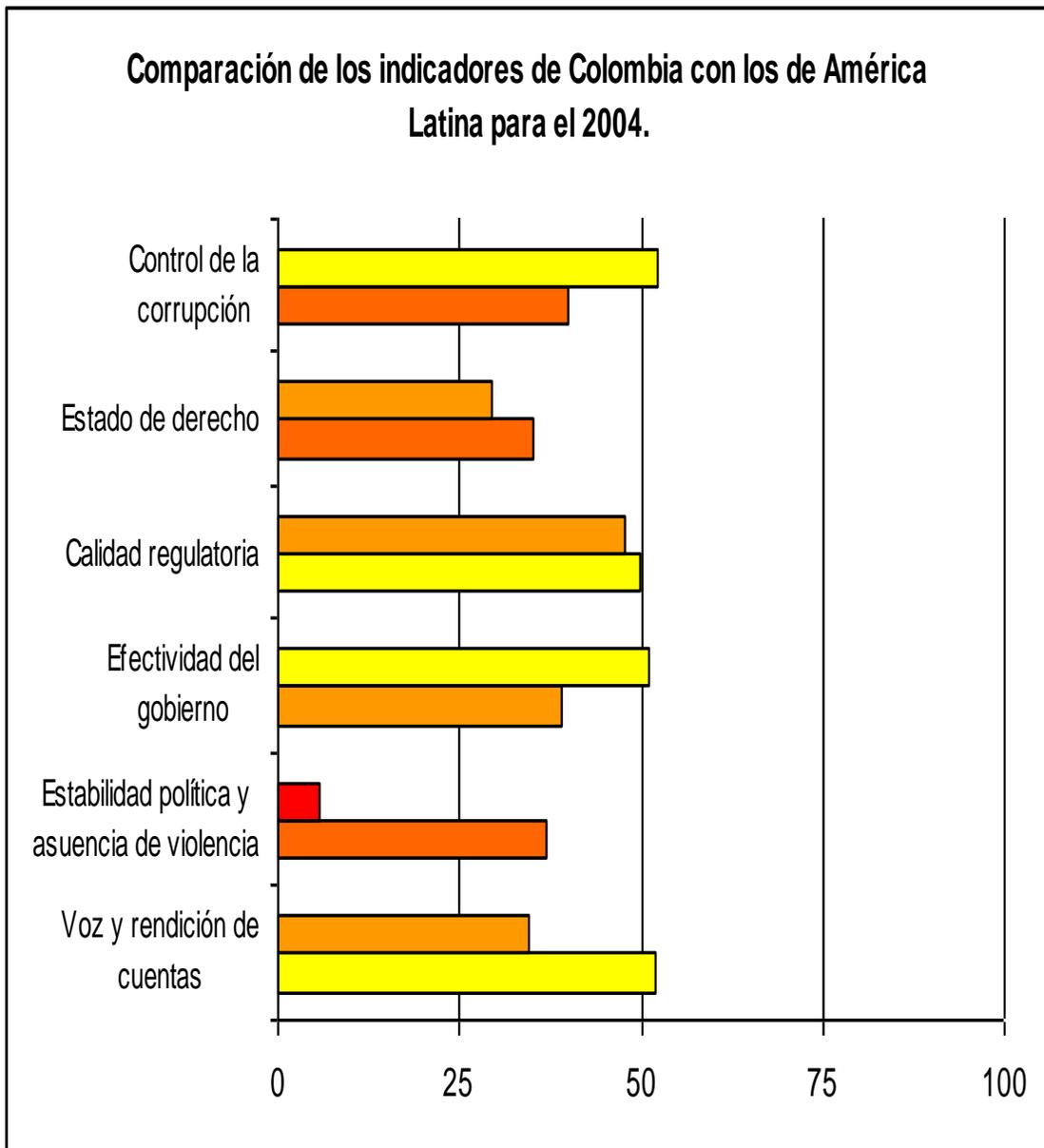
INDICES DE GOBERNABILIDAD PARA COLOMBIA Y AMERICA LATINA.



Source: Kaufmann D., A. Kraay, and M. Mastruzzi, *Governance Matters IV: Governance Indicators for 1996-2004*.²⁴⁹

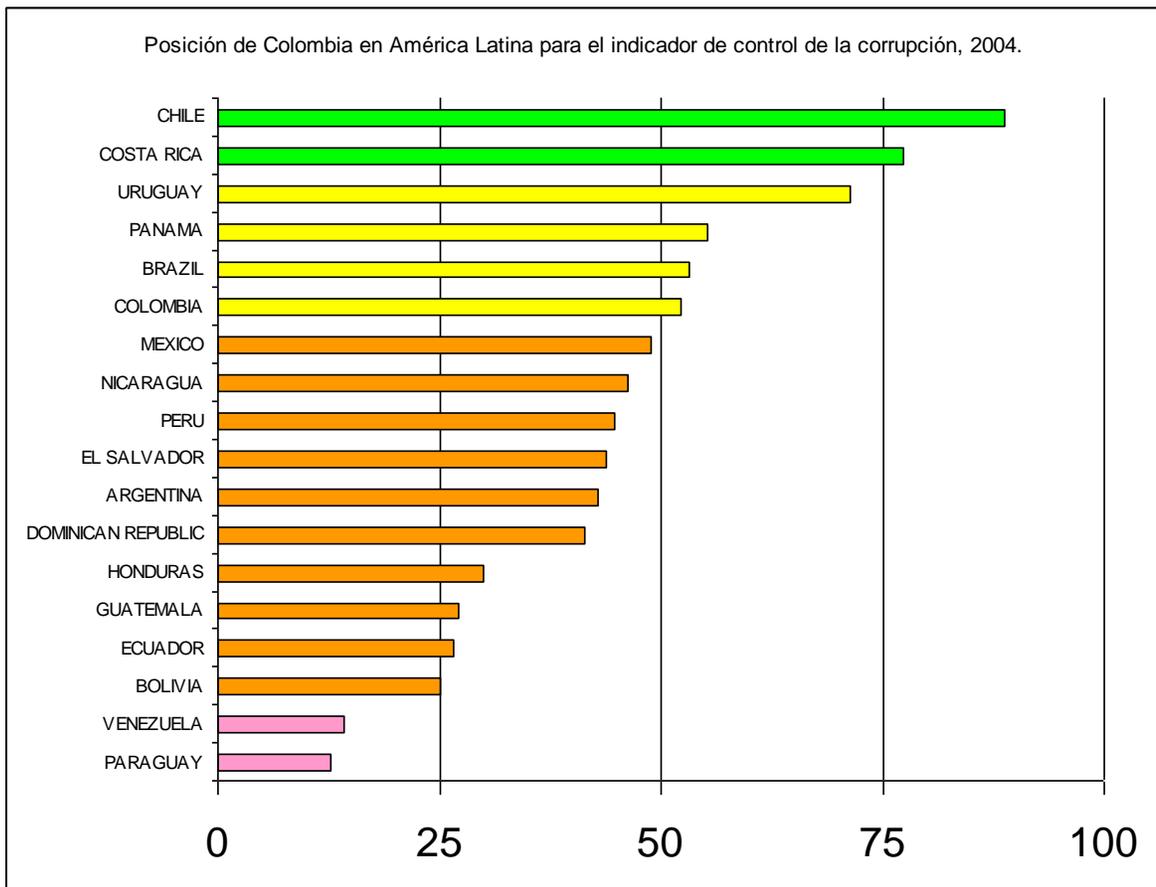
²⁴⁹ http://www.anticorrupcion.gov.co/entidad/docs_politica/presentacion.mmz.pps Diapositiva 18

Comparación de los indicadores de Colombia con los de América Latina para el 2004.



Source: Kaufmann D., A. Kraay, and M. Mastruzzi, *Governance Matters IV: Governance Indicators for 1996-2004*.²⁵⁰

²⁵⁰ Ibid, Diapositiva 19



Source: Kaufmann D., A. Kraay, and M. Mastruzzi, *Governance Matters IV: Governance Indicators for 1996-2004*.²⁵¹

Presentados los datos de credibilidad, transparencia y gobernabilidad, veamos el mapa que el Banco Mundial²⁵², ha dado en llamar “El mapa mundial de corrupción”.

Se hace un mapamundi donde el globo terráqueo se aprecia en su totalidad y seguidamente se comienza a colorear desde el rojo fuego al verde claro, toda la gama de actuaciones que tienden a controlar la corrupción en un país. Entonces será:

²⁵¹ Ibid, Diapositiva 20.

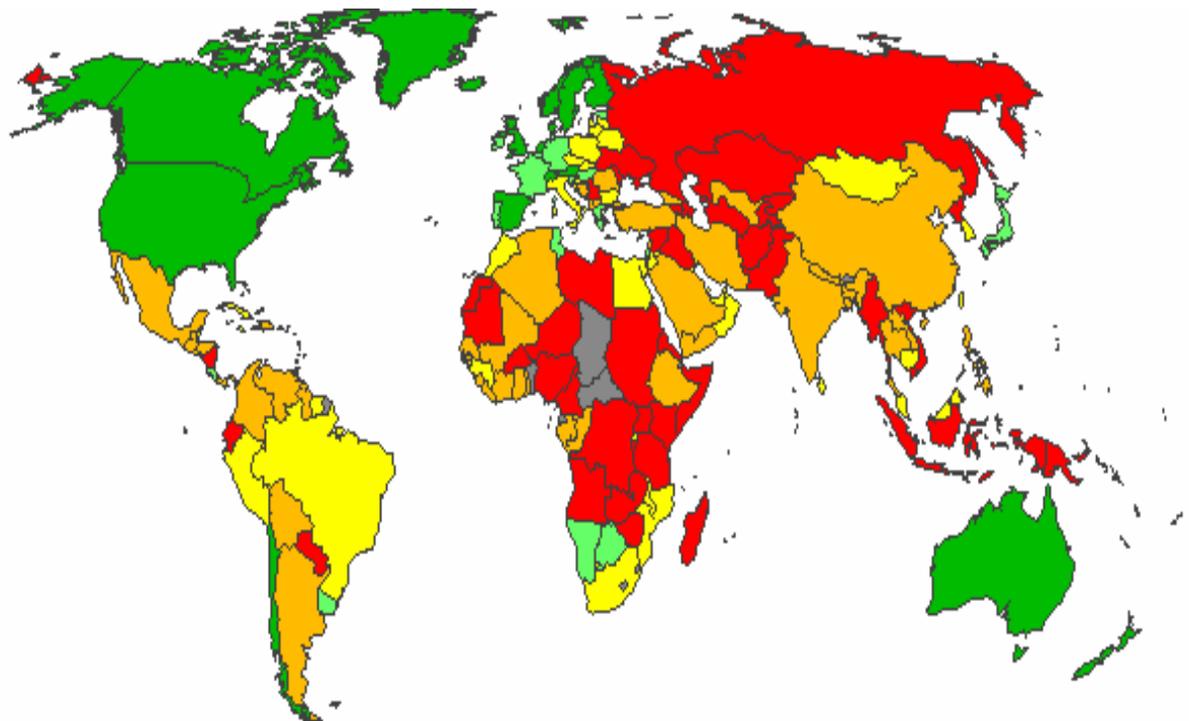
²⁵² El Banco Mundial presentó en el año 2003 el mapa mundial de corrupción, correspondiente a un estudio de mecanismos de control de corrupción y coherente con los índices de transparencia que las demás instituciones marcaban.

VERDE: los países donde hay buenos niveles de transparencia, gobernabilidad y credibilidad, así como mecanismos de control eficaces contra la corrupción.

AMARILLO: Países con niveles medios y altos de corrupción dependiendo de la intensidad del amarillo, va desde claro hasta anaranjado.

ROJO: Países con problemas de corrupción, así como altos índices de impunidad y pocos o no eficaces mecanismos de lucha contra la corrupción.

Allí se ubica Colombia con un color rojo equivalente a los países con niveles crecientes de corrupción.²⁵³



²⁵³ GUERRA GARCIA, op Cit, Pag 197

7.4 Recomendaciones y Consejos de la Doctrina. Son muchos los casos de artículos académicos, obras y textos en los cuales los doctrinantes sobre el tema exponen sus propias “políticas” anticorrupción que recomiendan poner en marcha en el país. Uno de estos ejemplos lo encontramos en el “Decálogo Contra la Corrupción” que hace parte de las memorias del seminario internacional de “Gestión Pública y Lucha Contra la Corrupción” y establece lo siguiente:²⁵⁴

Hecha esta visión panorámica sobre la corrupción, sus características, sus causas y el papel de los órganos de fiscalización, a partir de la experiencia de la Contraloría que me honro en dirigir y para concluir, presento a su calificada consideración lo que estimo es el decálogo de la lucha contra la corrupción en sus diferentes magnitudes, el cual debe estar precedido de la sentencia del Libertador Simón Bolívar, quien al respecto manifestó:

“La Hacienda Nacional no es de quien os gobierna. Todos los depositarios de vuestros intereses deben demostraros el uso que han hecho de ellos...Es el deber de todo ciudadano vigilar sobre la legítima inversión de las rentas públicas, en beneficio de la sociedad...”

Este Decálogo se puede resumir de la siguiente manera:

1. Garantizar la transparencia, la objetividad y la simetría de la información en todos los actos de la administración;
2. Respetar las normas sobre el uso de los recursos públicos, en particular las relativas a los procesos de contratación y fomentar la capacitación continua sobre la adecuada aplicación de las mismas;

²⁵⁴ Memorias Banco Interamericano de Desarrollo y Contraloría General de la República, Seminario Internacional: “Gestión Pública y Lucha contra la Corrupción”, Bogotá D.C., 2009. Pág. 84 y 85.

3. Apoyar, promover y hacer efectiva la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública y los mecanismos democráticos de decisión;
4. Adoptar y poner en funcionamiento métodos y procesos administrativos que garanticen agilidad, eficiencia y eficacia, como los Sistema de Gestión de Calidad y de Control Interno;
5. Utilizar, en lo posible, mecanismos colectivos de decisión;
6. Adelantar acciones efectivas de prevención y fomento de la cultura de los valores, la moral, la equidad y la ética de lo público, buscando la excelencia en la Gerencia Pública y exigiendo a los servidores públicos la rendición oportuna, periódica y pública de los resultados de su gestión;
7. Garantizar la efectividad de la autonomía y la independencia administrativa y presupuestal de los órganos de control, con la finalidad de preservar su objetividad e imparcialidad en el examen de las actuaciones públicas;
8. Realizar y ejecutar en forma sistemática acuerdos o convenios de cooperación interinstitucional tanto en el ámbito nacional como en el internacional para compartir y desarrollar experiencias y conocimientos;
9. Indagar y conocer con el mayor detalle posible las diversas formas de captura del Estado y demás prácticas que conducen a la discriminación social y a la apropiación indebida de los recursos públicos y
10. Combatir a los corruptos, como lo hacen los “Héroes del Control”, con valor y decisión.

8. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 2004 - 2006

9. RESPONSABILIDAD PENAL, DISCIPLINARIA, FISCAL Y PATRIMONIAL DE LA CONTRATACIÓN EN COLOMBIA

Gracias a la regulación casuística la contratación en Colombia ha venido evolucionando. Anteriormente, los contratos estaban sometidos a una serie de requisitos que hacían prácticamente imposible celebrarlos. Se pasó de este tipo de normas a la Ley 80 de 1993 que permite de manera general que le da responsabilidad total a quien tenga las funciones asignadas.

La ley se convierte en el estatuto general de contratación y al mismo tiempo, se implanta unos controles posteriores que obligan al cumplimiento de los requisitos previos, contractuales y pos contractuales.

HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.²⁵⁵

Primera etapa: La irresponsabilidad. Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Esa solución tan criticable en la época presente, se fundamentó especialmente en la idea de soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles pues, como afirmaba el tratadista francés LAFERRIERE en una frase famosa: “ la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna”.

Esta idea de irresponsabilidad absoluta del Estado encontró en algunas épocas ciertas limitaciones, en primer lugar , si bien el Estado no era responsable , se considero que por los daños que causara su actividad, eran responsables los agentes que directamente los causaban; es decir, que si bien no era responsable la persona pública, si lo era la persona natural que causaba el daño en nombre de aquella. En segundo lugar la responsabilidad del Estado aparecía

²⁵⁵ GUERRA GARCIA, op Cit, pag 10 a 12.

cuando una ley expresamente lo consagraba para un caso determinado, como sucedió en Francia desde comienzos del siglo XIX, con los daños causados por trabajos públicos. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares.

Segunda etapa: La responsabilidad. Esta etapa tuvo evolución por el celebre fallo blanco del 1 de febrero 1873, del Tribunal de conflictos francés, mediante el cual se consagro la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera estatuida en textos legales, expresos e independientemente de que su actividad fuera de poder o de gestión, pues en esta decisión se tomó como fundamento la nueva noción de servicio publico que vino a reemplazar las nociones de poder y de gestión.

El fallo Blanco no modificó radicalmente la situación anterior, como se ha creído muchas veces. Esa decisión lo que hizo fue abrir una brecha para el nacimiento del derecho administrativo, con repercusiones en el tema de la responsabilidad del Estado, que es uno de los principales de aquella rama jurídica.

Con este fallo, como se pensó, no se consagro la responsabilidad del Estado como regla general, lo que si hubiera cambiado el criterio de irresponsabilidad que tenia el Estado, lo que se logro fue un cambio de mentalidad con respecto a ese problema. De la mentalidad anterior en la que se consideraba que el Estado era irresponsable como tal, salvo en los casos legal y expresamente previstos y en sus actuaciones de gestión, caso este en el que no actuaba el Estado como tal si no como un particular, se paso a la idea consistente en que el Estado, aun actuando como tal, es decir, cuando prestaba servicios públicos que era la nueva noción que caracterizaba su actividad, sí era responsable, aunque no de manera general sino en términos restringidos.

Es así como el fallo Blanco de 1 de febrero de 1873, dictado por el Tribunal de Conflictos de Francia, que marca un hito con respecto al punto, contiene la preposición “La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particulares a particulares; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados; en consecuencia, la autoridad administrativa es la única competente para tener conocimiento de ella”.

Tercera Etapa: La responsabilidad creciente. Así como la idea de responsabilidad estatal concebida en el fallo blanco fue de carácter restrictivo, la evolución del derecho administrativo ha mostrado, a partir de ese momento, una tendencia evidente hacia una mayor responsabilidad del Estado cada día.

El profesor Francés JEAN RIVERO, muestra en los siguientes aspectos, la manifestación de la extensión de la responsabilidad administrativa.

1. La responsabilidad fue extendiéndose a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía.
2. La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que de la culpa grave exigida inicialmente, se pasó a considerar que cualquier clase de culpa responsable al Estado, hasta llegar, incluso a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independientemente de toda culpa, es decir una responsabilidad objetiva.

3 Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios han evolucionado en un sentido favorable a los perjudicados.

4. A fin de asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se ha llegado a permitir, en un número de casos cada día mas creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas; la natural o la jurídica.

Es tal la evolución de la responsabilidad administrativa que se ha llegado a pensar en la responsabilidad social, según la cual el Estado debería responder de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado o, aun en el caso que apareciendo este, no tuviere medios para indemnizar el daño causado. Esta idea encuentra su fundamento lógico y jurídico en la vigencia de la ideas sociales, aun en los países capitalistas, pero su éxito parece ser apenas progresivo y con muchos limites, principalmente por razones de índole fiscal.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.²⁵⁶

El principio general del derecho que expresa: *“todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo”* permite deducir que la persona que ocasionó el perjuicio incurre en una responsabilidad civil o penal y está en la obligación de resarcir el daño causado.

La responsabilidad civil se traduce en la obligación de reparar el daño, desde el punto de vista patrimonial, por parte de su causante frente a la persona concretamente perjudicada o afectada.

²⁵⁶ Ibid, pag 12

La responsabilidad penal se deriva, cuando se comete un delito y se convierte en una responsabilidad frente al Estado, impone una pena al responsable para reparar el daño social causado por su conducta ilícita, esta responsabilidad es subjetiva y personal, y solo se pregona de las personas naturales.

Un mismo hecho puede originar una responsabilidad civil y penal; pero en la responsabilidad administrativa solo se hace alusión a la responsabilidad patrimonial de las personas públicas.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL.²⁵⁷

El Estado, concretamente la administración, en desarrollo de su actividad regular, expresada en hechos, operaciones y actos administrativos o, como consecuencia de la actividad irregular de sus funcionarios en la organización y funcionamiento de los servicios públicos y aun en el desempeño de sus funciones, puede ocasionar perjuicios a los particulares.

Aún, cuando el concepto de responsabilidad es un concepto propio del derecho civil, sus pautas generales se aplican en la responsabilidad administrativa, pero no se puede derivar de los principios del Código Civil, por que la responsabilidad estatal se sustenta, principalmente, en la falta o falla del servicio.

Es de aquí que surge la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, nacida de la institución de la responsabilidad extra-contractual del derecho privado, entendiéndose por tal el deber impuesto por la ley de resarcir, mediante el equivalente patrimonial, el daño producido como consecuencia de la violación de derechos del individuo, moralmente imputable a alguien.

Dentro del marco del Estado moderno, se mencionan otras clases de responsabilidad como la política, la disciplinaria y la fiscal.

²⁵⁷ Ibid, pag 12 a 14.

POLITICA	Es aquella que se deriva del control político previsto en la constitución de un país y su estudio corresponde al derecho constitucional y a la ciencia política. Como ejemplo se menciona las acusaciones y juicios que, de acuerdo con los artículos 174 y 175 de la Constitución Política Colombiana, pueden adelantar la cámara de representantes y el senado de la república contra el presidente de la república y otros altos funcionarios del Estado.
DISCIPLINARIA	Es la que resulta de la violación por parte de los servidores públicos, y en algunos casos de los particulares, de los deberes, obligaciones, inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones e impedimentos, establecidos en las leyes para el ejercicio de las actividades públicas, y que se traduce en la imposición de las sanciones que par esos casos consagra la ley. Su régimen, en el Estado Colombiano, actualmente está consagrado en el Código Disciplinario Unico (Ley 734 de 2002).
FISCAL	Es la que se deriva del indebido manejo o gestión de los recursos públicos por parte de los servidores del Estado y de los particulares cuando manejan o administran recursos de esa naturaleza, y que se traduce en la obligación de esas personas de reparar los daños causados al patrimonio publico mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad. En el Estado Colombiano, ésta responsabilidad es regulada por la Ley 610 de 2000).

En el estado actual no todo daño causado a otro hace responsable a su autor. En ciertos casos se exige que el autor del daño haya obrado culposamente; en consecuencia, los daños causados sin culpa no son objeto de reparación; en otros casos, que día a día tienden a aumentar, suele decretarse la obligación de reparar aun sin que haya mediado culpa. La primera clase de casos en que se exige la intervención de un elemento de orden psicológico (dolo o culpa), da origen a la denominada responsabilidad subjetiva. La Segunda clase, o sea los daños causados sin culpa, que originan una obligación de reparación, dan lugar a la responsabilidad objetiva o responsabilidad de pleno derecho (llamada también responsabilidad por riesgo o responsabilidad por hechos no culposos).

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.²⁵⁸

Aunque no hay uniformidad en la doctrina para determinar los elementos que se requieren para que exista responsabilidad, puede decirse que en el caso de la responsabilidad estatal, tradicionalmente se ha considerado que esos elementos son tres: una actuación de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación.

Actuación de la administración. Necesariamente, debe existir una actuación de la administración, y ya sabemos que la actividad administrativa se manifiesta por medio de actos, hechos, operaciones y omisiones administrativas.

Dicha actuación debe ser antijurídica, irregular, anormal, anómala, por cuanto las actuaciones jurídicas, regulares, normales, no producen daño o perjuicio.

Esta actuación antijurídica, irregular, anormal, anómala, se manifiesta en lo que se ha llamado culpa, falta o falla del servicio o culpa de la administración, la cual es el sostén de la responsabilidad administrativa y que aparece cuando el servicio público no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado tardíamente.

Con todo esto, tenemos que la responsabilidad administrativa, es por regla general, responsabilidad por culpa, y solo excepcionalmente lo sería sin culpa, es decir objetiva o por riesgo.

Es necesario diferenciar y aclarar que la culpa, falta o falla del servicio, no es subjetiva, por cuanto es una falla de la administración por lo tanto, será una falla anónima, funcional u orgánica, no se le atribuye a un individuo, sino a la administración.

²⁵⁸ Ibid, pag 14 a 17.

Daño o perjuicio. Tradicionalmente se ha considerado que el daño o perjuicio es la “lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que le acongoja”, o dicho de otra manera, es el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las aflicciones legítimas (daño moral)”.

De acuerdo con lo anterior se considera que para que una persona pública sea responsable se requiere que su actuación haya producido un daño, pero que además, dicho daño reúna ciertas características:

- a. Que sea cierto o real, es decir, que efectivamente haya lesionado un derecho del perjudicado, como son los daños presentes y los futuros reales, puesto que se excluyen, en consecuencia, los daños futuros eventuales.
- b. Que sea especial, es decir, que sea particular a la persona o personas que solicitan la reparación y no a la generalidad de los miembros de la colectividad.
- c. Que sea anormal, esto es, que debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio.
- d. Que se refiera a una situación jurídicamente protegida, pues lógico que quien se encuentra en una situación ilegal debe correr los riesgos que ella produce.

En nuestro Estado Colombiano, actualmente, al tenor del artículo 90 de la Constitución Política, se necesita como elemento fundamental que el daño sea antijurídico, en el sentido de que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo. La importancia de este concepto se evidencia como lo ha expresado la jurisprudencia en que “ *el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la licitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando ese fuese*

antijurídico”, lo cual le ha permitido manifestar a la jurisprudencia que los únicos elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad del Estado son dos: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo a una persona jurídica de derecho público.

De acuerdo con la evolución de la jurisprudencia el daño puede ser de tres clases: daño material, daño moral y daño fisiológico o a la vida de relación.

DAÑO MATERIAL	Es aquel que atenta contra los bienes o interés de naturaleza económica, es decir produce perjuicios cuantificables en dinero. Dentro de este concepto el daño emergente es aquel que se produce “cuando un bien económico (dinero, cosa, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima, hay lucro cesante cuando un bien económico que deba ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima.
DAÑO MORAL	Es el dolor, la congoja, el sufrimiento o la tristeza producidos por la actuación de que lugar a la responsabilidad, los cuales son compensables con una suma de dinero mediante otra forma decidida por el juez.
DAÑO PERJUICIO FISIOLÓGICO	Este debe diferenciarse del daño material, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, como también debe diferenciarse de los perjuicios morales subjetivos, la doctrina al respecto nos dice que la incapacidad física o psicológica del lesionado le van a producir no solo pérdidas pecuniarias si no la pérdida de la estabilidad emocional, o dolor físico, si no que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales, que aunque no producen ganancia pecuniaria hacen la vida agradable y placentera, así la pérdida de los ojos, hará privar a la víctima del placer de observar, la lesión de un pie privará al deportista de su actividad preferida, o pero aun la pérdida de un genital afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo. Es aquí donde se habla de daños por alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación.

Además, se estiman los daños como: actuales, ciertos y, futuros no eventuales

ACTUAL	El perjuicio puede ser actual, cuando ha existido antes de la acción resarcitoria o al tiempo de iniciarse esta
CIERTO	Es decir que sea efectivo, que no de lugar a un resarcimiento del perjuicio hipotético.
FUTURO	Cuando puede manifestarse con posterioridad al hecho culposo que lo causa. En ocasiones, esas derivaciones posteriores son lógica consecuencia del hecho, aunque aparezcan después de él.

Nexo causal. Debe existir, necesariamente, una relación directa de causalidad, relación causa - efecto, en la cual la actuación administrativa es la causa que produce como efecto el daño o el perjuicio.

Según el tratadista VALENCIA ZEA, este vínculo causal “*debe ser actual o próxima, determinante del daño y apta o idónea para causar dicho daño*”.

El Estado se exonera de toda responsabilidad cuando demuestre como causa del daño, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado.

Responsabilidad Penal²⁵⁹

A este propósito hay que decir que cuando el funcionario no cumple con los requisitos legales esenciales para tramitar o celebrar contrato incurre en delito, derivando la responsabilidad penal. En esto, se dan tres situaciones, tal como las describe Carlos Enrique Campillo en su obra *Celebración y ejecución de contratos estatales*:

- Cuando lo tramita: si no publica adecuadamente los pliegos o los avisos respectivos, para evitar la concurrencia de oferentes, o si no pide el certificado de disponibilidad o las vigencias futuras.

²⁵⁹ CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique. *Celebración y ejecución de contratos estatales*. 2da. Edición. Ecoe Ediciones. Bogotá, junio 2006. pág. 13

- Cuando los celebra: si suscribe el contrato con un proveedor inadecuado o con la persona que no representa legalmente la empresa, o haber desconocido las ofertas realizadas.
- Cuando no lo liquida incorporando obligaciones que existían a favor de la entidad o que no se exija extensión de las garantías para la estabilidad o calidad de las obras y estas llegaren a deteriorarse, afectándose al servicio público que se pretendió satisfacer. (Art. 410 Código Penal)

Debido a que se puede presentar las situaciones anteriores, existen tres sentencias que regulan estos hechos:

“La comisión de delitos contra el patrimonio del Estado a título de culpa no prevé la pena de inhabilidad de que trata el artículo 122 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 38 de la Ley 734 de 2002. Pero algunos delitos como el peculado por apropiación, peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente, (...) el afectado no podrá volver a ocupar cargos en la administración del Estado durante toda su vida. (Sentencia C-652/03)”²⁶⁰.

Es importante este avance porque genera en los funcionarios tener mucho cuidado al momento de la contratación, porque está en juego su profesión, por lo menos en el campo estatal.

Responsabilidad Disciplinaria²⁶¹

Por las mismas acciones u omisiones ya mencionadas, se puede incurrir en responsabilidad disciplinaria, pues constituye falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable

²⁶⁰ CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique. Celebración y ejecución de contratos estatales. 2da. Edición. Ecoe Ediciones. Bogotá, junio 2006. pág. 13

²⁶¹ Ibid.

a título de dolo. (Art. 48 Numeral 1 Ley 734 de 2002) también, cuando se celebra un contrato violando el régimen de inhabilidades o incompatibilidades, violando los principios de la contratación, por la declaración de caducidad o terminación sin el cumplimiento de los requisitos legales, por la aplicación de la urgencia manifiesta sin cumplir con las causales respectivas, permitir la configuración del silencio administrativo positivo o permitir que el interventor omita la vigilancia técnica del contrato.

Responsabilidad Fiscal²⁶²

Se inicia si verificados los hechos se ha causado detrimento patrimonial a la administración. “la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños causados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal.” Y, en caso de que por hechos o actos del contrato se llegare a demandar al estado y se fallare en contra, podrá demandarse en acción de repetición, para que el funcionario responda con su patrimonio por la suma que el estado pago. Según los términos del art. 1 del referido aprobado el 25 de octubre de 2003, (Acto Legislativo 01 de 2004) esa persona no podrá ser nombrada o contratar con el estado a menores que restituya el valor de lo cancelado como consecuencia de la condena.

el párrafo segundo del Art. 4 de la ley 610 de 2000 sobre responsabilidad fiscal, establecía que el grado de culpa para responder será el de la culpa leve. Sin embargo, considero la corte constitucional que:

“Siendo la responsabilidad patrimonial y la fiscal mecanismos de protección del patrimonio público no se pueden aplicar criterios de imputación desiguales, y por lo tanto, en la responsabilidad fiscal se debe responder como en la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave. (Sentencia C-619/02)”²⁶³.

²⁶² Ibid. Pág. 14

²⁶³ Ibid., pág. 14

Como lo plantea el autor, la Corte declaró la inexecutable del párrafo 2 del art. 4 de la Ley 610 de 2000 y la expresión “leve” del art. 53 de la misma norma. Todo esto con miras a la protección del patrimonio.

A si mismo, la Corte declaró executable el art. 19 de la Ley 610 de 2002, la cual contempla que:

“A la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo se deben citar y emplazar a los herederos, quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión” (Sentencia C-131 de 2003)²⁶⁴.

Lo anterior evita que con la muerte del presunto responsable fiscal el patrimonio estatal se vea avocado a una disminución o pérdida. Algo grave es que las acciones por la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal son independientes y no contempla una destitución, condenación o inhabilidad por las acciones u omisiones.

Responsabilidad Patrimonial²⁶⁵

Lo ingrato del servicio público es que se debe estar respondiendo por acciones u omisiones durante el ejercicio del cargo hasta la caducidad de las acciones, a veces por denuncias o quejas injustificadas, que deben soportarse con estoicismo. Todos los funcionarios deben calcular dentro de sus ahorros el valor de los gastos de viajes, honorarios y demás emolumentos para responder por toda clase de denuncias al dejar el cargo.

En los casos en que el denunciante haya obrado de mala fe se le puede denunciar por falsa denuncia o injuria para buscar la indemnización de perjuicios mediante la

²⁶⁴ Ibid

²⁶⁵ CAMPILLO PARRA, Op Cit. Pág. 14

constitución de parte civil en el proceso. O pedir que la procuraduría sancione al quejoso cuando haya obrado con temeridad, o cuando se advierta falsedad (art. 150, par. 2 Ley 734 de 2002)

Las denuncias y quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originaran responsabilidad patrimonial en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes. (Art. 69 Ley 734 de 2002)

La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a reconocimiento indemnizatorio por parte del estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa la reparación. (Art. 2 Ley 768 de 2001)

Para el caso de la responsabilidad patrimonial si se paga en cualquiera de los procesos tanto penal, disciplinario o fiscal, restituyendo el valor del detrimento cesa la acción contra la persona.

En este sentido nos expone el profesor de Ciencia Política Fernando Cepeda Ulloa el marco jurídico anticorrupción en Colombia vigente a la fecha de expedición de su obra "Corrupción y Gobernabilidad" en el año 2000, de la siguiente forma:

Difícilmente, se encontraría un país en el cual existan más normas de diverso nivel (constitucional, legal y de orden administrativo) que Colombia. Éste es un campo en el cual la inflación legislativa, tan característica en nuestro sistema, se hace notoria.²⁶⁶

²⁶⁶ CEPEDA ULLOA, Fernando. Corrupción y Gobernabilidad. Op Cit. Pág. 101 y 102.

En el mismo sentido expone en su obra el marco jurídico anticorrupción desde la Constitución de 1991, la legislación penal, la legislación disciplinaria anti-trámites, la legislación sobre asuntos administrativos y el enriquecimiento ilícito, inhabilidades e incompatibilidades, así:

La Constitución de 1991: anticorrupción.²⁶⁷ En primer lugar, la Constitución Nacional de 1991 tuvo especial preocupación por este tema y tomo particulares disposiciones tanto para controlar el clientelismo, como los auxilios parlamentarios, como los conflictos de interés, aparte que incorpora buena parte del nuevo modelo económico producto del Consenso de Washington y de las estrategias anticorrupción del Banco Mundial: marco legal “apropiado”, privatizaciones, poder regulatorio, descentralización, bases para el Estatuto de la Oposición y para la Financiación de Campañas, fortalecimiento de los organismos de control, mayor independencia para el poder judicial, creación de la Fiscalía General de la Nación, eliminación de la inmunidad parlamentaria y sustitución por el fuero especial ante la Corte Suprema de Justicia, poderes extraordinarios –diría que exorbitantes- al Procurador General de la Nación, (Art. 278) que le permite desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes fallas: “infringir de manera manifiesta la Constitución o la Ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar en forma grave, las investigaciones las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la administración o sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo”. Otro poder extraordinario es el que otorga el Art. 34 en su segundo inciso, así: “no obstante, por sentencia judicial, se declarara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”. La Ley 365 de 1997, para combatir la delincuencia organizada es un desarrollo de este principio constitucional.

²⁶⁷ Ibid. Pág. 102 y 103.

De similar importancia son las disposiciones constitucionales sobre conflicto de interés de los congresistas que han dado lugar a la pérdida de investidura de varios de ellos, sanción esta aplicada por el Consejo de Estado en un proceso sumario que puede pasar de veinte días hábiles y que puede iniciarse por solicitud de cualquier ciudadano (Art. 184)

Del mismo tenor son los Art. 180, 181, 182 y 183, que establecen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades así como el de conflictos de interés (moral o económico) y cuya violación da lugar a la pérdida de investidura, Art. 183. Este mismo régimen cubre la destinación indebida de dineros públicos y el tráfico de influencias debidamente comprobado.

Legislación Penal.

En el Código Penal Colombiano, se plasma la forma de control social que el Estado ejerce de una forma mayor sobre la sociedad, impactando uno de los derechos fundamentales como es la Libertad. En nuestro estatuto penal se expresa fundamentalmente una función ordenadora y sistemática de los presupuestos de la pena, así como la determinación de la pena misma y de otras consecuencias jurídicas del delito, antes que una función práctica o política y decisoria, sin embargo el Derecho Penal cada vez mas elimina y reduce las oportunidades garantitas que se dan para la solución de los conflictos.

El mas claro objetivo de nuestro Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos y gestionar la mayor formalización de dicha protección, ofreciendo todos los saneamientos legales a los procesados, victimas y que a su vez se ven proyectados los principios de legalidad, culpabilidad, defensa, publicidad, derecho a ser oído, in dubio pro reo, recursos a otras instancias, intervención en el proceso, el derecho a la prueba y demás.

Para las conductas corruptas que han merecido tipificación penal, principalmente se aprecia que las metas y objetivos que presentan los sujetos activos frente a los comportamientos descritos, se puede identificar las actuaciones que desarrollan

los funcionarios públicos, una gestión rápida, eficaz, cumplida y muy directa, esto en los estadios económicos, científico, político o de cualquier clase. Esto es pues determinable para la obtención de condiciones favorables como la subsistencia del poder y mantenerse en él, faltando a la verdad y sin ningún tipo de prejuicios ocasionando la ventaja ilícita para la motivación del funcionario que está obligado a cumplir y con el aseguramiento de la resolución favorable en decisiones nacionales.²⁶⁸

El código penal, modificado por el Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995). El número de tipos penales que se refieren al comportamiento del funcionario público es bastante completo:²⁶⁹

1. Peculado
 - a. Por apropiación
 - b. Por uso
 - c. Por error ajeno
 - d. Por aplicación oficial diferente
 - e. Culposos
 - f. Por extensión
2. Concusión
3. Cohecho
 - a. Cohecho propio
 - b. Cohecho impropio
 - c. Cohecho por dar u ofrecer
4. Celebración indebida de contratos
 - a. Violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades
 - b. Interés ilícito en la celebración de contrato
 - c. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
5. Tráfico de influencias
 - a. Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo

²⁶⁸ ALONSO ALAMO Mercedes, Problemas político-Legislativo del Delito de Concusión. En el libro Estudios Penales en Homenaje de Agustín Fernández-Albor. Universidad Santiago de Compostela, 1989, Pág. 173. En GUERRA GARCIA Yolanda, op Cit. Pág. 148.

²⁶⁹ CEPEDA ULLOA Fernando, op Cit. Pág. 103 y 104.

6. Enriquecimiento ilícito
 - a. De servidores públicos
 - b. De particulares
 - c. Utilización indebida de información privilegiada
7. Prevaricato
 - a. Prevaricato por acción
 - b. Prevaricato por omisión
 - c. Prevaricato por asesoramiento ilegal
8. Abuso de autoridad y otras infracciones
 - a. Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto
 - b. Abuso de autoridad por omisión de denuncia
 - c. Revelación de secreto
 - d. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva
 - e. Abandono del cargo
 - f. Asesoramiento y otras actuaciones ilegales
 - g. Intervención en la política
 - h. Empleo ilegal de la fuerza pública
 - i. Omisión de apoyo
9. Usurpación y abuso de funciones
 - a. Usurpación de funciones públicas
 - b. Abuso de función pública
 - c. Simulación de investidura o cargo
10. Delitos contra empleados oficiales
 - a. Violencia contra empleados oficiales
 - b. Perturbación de actos oficiales
 - c. El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de junio 6 de 1995, que tiene ochenta y cinco artículos.
 - d. La Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 por los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos e incorporada en la legislación colombiana en virtud de la Ley 412 de 1997. En la

respectiva Exposición de Motivos presentada para la aprobación al Congreso por el Ministerio de Relaciones Exteriores se afirma que, “sin duda, nuestra legislación recoge la mayoría de las conductas descritas en la convención y con un mayor grado de especialización”.

Legislación Disciplinaria Anti-trámites y Otras.²⁷⁰

- La Ley 200 del 28 de julio de 1995 que adopta el Código Disciplinario Único y consta de ciento setenta artículos.
- El Decreto 2150 del 5 de julio de 1995, comúnmente denominado anti-trámites, que consta de ciento cincuenta y dos artículos.
- El Decreto 0427 del 5 de marzo de 1996 que reglamenta el Decreto 2150 sobre eliminación de trámites, que consta de diecinueve artículos. De la misma naturaleza son los siguientes que lo reglamentan y aclaran: Decretos 992 de 1996; 1249 de 1996; 1753 de 1996; 636 de 1996; 606 de 1996; 491 de 1996; 427 de 1996; 62 de 1996, 1090 de 1996, 297 de 1996; Directivas Presidenciales Nos. 014 de diciembre 7 de 1995 y la del 5 de diciembre de 1995.
- La Ley 130 de 1994 o Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos que reglamenta tanto los códigos de ética y los consejos éticos de los partidos políticos, como en su Título IV lo relativo a la financiación estatal y privada de los partidos y de las campañas políticas, así como en sus Títulos V y VI lo relativo a publicidad, encuestas políticas y rendición de cuentas. De la misma manera, la Constitución establece un organismo independiente para controlar la eficacia de estas normas y desarrollarlas (Arts. 108, 120, 156, 197, 264, 265, 266 y 269, Constitución Nacional).

Legislación sobre asuntos Administrativos.²⁷¹

- La Ley 80 de 1993 sobre Contratación Administrativa.
- El Estatuto de Bogotá, Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, que establece también un régimen de incompatibilidades para los

²⁷⁰ Ibid. Pág. 104 y 105.

²⁷¹ Ibid. Pág. 105

concejales e introduce el sistema de veedurías.

- La Ley 134 de 1994, que reglamenta los mecanismos e instituciones de participación ciudadana y, también, las leyes que incluyen mecanismos de participación y control ciudadano como las referentes al Régimen Municipal, la Ley Orgánica de Planeación, la Ley sobre Contratación Administrativa, el propio Estatuto Anticorrupción, la legislación sobre Control Interno, la legislación sobre Servicios Públicos Domiciliarios, la Ley de Seguridad Social, las leyes 101 y 160 sobre Sistema Agropecuario, la ley sobre el Régimen Ambiental, la Ley 24 sobre Defensoría Pública, etc.
- Las leyes que regulan los organismos de control: Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la Republica, Fiscalía General de la Nación, Consejo Nacional Electoral, Comisión Nacional de Televisión, Junta Directiva del Banco de la República, Comisiones Regulatorias (Energía, Comunicaciones, Servicios Públicos).
- Las leyes que regulan las diferentes superintendencias: Bancaria, de Sociedades, de Notariado y Registro, de Salud.

Enriquecimiento ilícito, inhabilidades e incompatibilidades.²⁷²

- Decreto 1895 de 1989 sobre Enriquecimiento Ilícito, que es el que ha servido de base para las decisiones tanto para la Fiscalía como de la Corte Suprema en el así denominado Proceso 8.000.
- Los códigos de ética profesional y las reglamentaciones de diferentes profesiones.

Régimen de Inhabilidades, Incompatibilidades, Prohibiciones e Impedimentos de los Servidores Públicos en Colombia.

²⁷² Ibid. Pág. 105 y 106.