

EL ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN: ANTECEDENTE DE OTRA FRUSTRACIÓN

Juan Carlos AMAYA CASTRILLÓN*

1. INTRODUCCIÓN

No se puede menos que manifestarse profundo escepticismo respecto de la eficacia de la ley 190 de 1.995, toda vez que no parece constituir un ataque serio y de fondo a la problemática de la corrupción en Colombia, pues muchas de sus normas no establecen nada realmente nuevo respecto de lo dispuesto en otras ya existentes, otras no tienen una clara relación con la corrupción y otras no tienen más que un efecto simbólico, en la medida en que con ellas sólo se crea la ficción o convicción general de que se está “haciendo algo” por atacar la corrupción, pero en realidad es poco o nada lo que se hace para solucionar un problema tan grave y arraigado en la política colombiana y en la sociedad en general. Puede decirse que el problema no se enfrenta desde sus causas, ni en el espacio en el que fundamentalmente se desarrolla, es decir, el “Clientelismo”.

* Profesor FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. Medellín, Febrero de 1.998.

Con buena parte de la normatividad de la referida Ley se trata de obtener sólo efectos simbólicos, en la medida en que no aparece claro cuál es el estudio serio que ha realizado el Gobierno o el Estado en general (Congreso, Ministerio de Justicia, Administración de Justicia) para detectar las verdaderas causas de la corrupción y, de esa manera, intentar incidir sobre ellas (y no sobre sus efectos) como un paso previo y necesario para solucionar tan grave asunto.

Por lo anterior, no podría tildarse de pesimista la convicción de que la Ley 190 de 1.995 se convertirá en otra ley, que como tantas que se expiden en nuestro país, no será efectiva para la solución del problema que se dice querer solucionar. Otro tanto ocurre, por ejemplo, con la ley 40 de 1.993, conocida como "Estatuto Antisecuestro", en cuya vigencia se ha incrementado el número de secuestros cometidos en el país; lo mismo puede decirse de la Ley 294 de 1.996, sobre la "violencia intrafamiliar" y la misma ley 40 de 1.993, que aumentó el monto posible de pena para el delito de homicidio doloso (simple y agravado) y preterintencional hasta el punto de establecer prácticamente una pena de prisión perpetua (60 años de prisión) y sin embargo mantenemos niveles de alrededor de 30.000 homicidios por año en Colombia, una de las más altas del mundo, por encima de países con guerras civiles declaradas¹. Y ello sin referir a la ineficacia de otros estatutos, creados para controlar el narcotráfico, el terrorismo, la subversión. De ello se

¹ Al respecto pueden verse las cifras presentadas por el profesor Daniel Pécaut en su artículo "Presente, Pasado y Futuro de la Violencia en Colombia" publicado en la Revista Análisis Político No. 30. Enero-Abril de 1.997. Págs. 3-36. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1.997. Según sus datos, en Colombia existe una tasa de homicidios superior a 80 muertes violentas por cada 100.000 habitantes, muy superior a la de Brasil, con 24,6, Panamá con 22,9, Perú con 11,5, Sri Lanka con 12,2 y E.U.A con 8. Según un cuadro presentado por el autor que comprende los años 1.962 hasta 1.993, la tasa de mortalidad violenta ha ido en permanente aumento desde esa época, iniciando en 1.962 con un total (ya elevado) de alrededor de 25 homicidios por 100.000 habitantes. Estos datos los toma el profesor Pecaute de un trabajo de Fernando Gaitán Daza titulado "Una indagación sobre las causas de la violencia en Colombia", aparecido en el libro conjunto con Malcolm Deas titulado "Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia" FONADE y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Bogotá, 1.995. 415 páginas. Los datos pueden verse en las páginas 268 y 269.

Sobre otro tema, el de la congestión en los despachos judiciales penales, pero relacionado con lo anterior, puede verse también a Mauricio Rubio en "Normas, Justicia y Economía en Colombia" página 42 cuando afirma "Para 1.993 estaban siendo investigados penalmente cerca de 10.000 homicidios, cifra similar a la de 1.972. Con la diferencia de que por aquel entonces se habla denunciado ese número de homicidios mientras que en 1.993 se denunciaron más de 30.000. En la actualidad dos de cada tres homicidios en el país no pasan de la etapa (sic) de denuncia y se quedan sin ser investigados". Documento CEDE 95-07. Centro de Estudios para el Desarrollo Económico. Universidad de los Andes. Bogotá. Septiembre de 1.995. 60 págs.

puede colegir, que no es endureciendo las penas para algunos delitos y estableciendo sanciones para conductas relacionadas con ellos como se enfrenta con efectividad un problema de tanta envergadura como el de la corrupción o, en general, el de la delincuencia, en cualquiera de sus manifestaciones.

Con unos retoques al código penal y otras normas accesorias no se hará nada realmente efectivo para solucionar el problema de la corrupción. Entre otras razones, tal vez la principal, porque no se interviene la forma tradicional de "hacer política" en nuestro país, es decir el sistema clientelar de hacer política, en el cual el grupo de electores que deposita su voto en favor de determinado candidato espera de él retribuciones específicas, personales o grupales, como "pago" de su voto o de las actividades realizadas para garantizar su elección. De ahí que el elegido tenga un compromiso no con la comunidad en general sino con "sus" electores. Ese compromiso del elegido facilita que por la vía del pago de los favores, se llegue a incurrir en conductas corruptas, que no necesariamente son delictivas, pues también los mismos políticos se cuidan de expedir normas que puedan afectarlos por la realización de tales prácticas. Es evidente, entonces, la "sutil diferencia" que existe en nuestro país, entre lo legal y lo ilegal y la poca cobertura de la ilegalidad frente a la gran cantidad de conductas a las que se les puede dar el calificativo de corruptas. Por otro lado, no es claro el interés de los organismos de control de influir seriamente para que estas conductas se disminuyan poco a poco, pues estos mismos organismos (Procuraduría, Personerías, Contralorías, etc.) son organismos politizados, cuyos funcionarios se eligen entre los adeptos al mismo sistema de clientelas propio de nuestro sistema político y de esa forma, en sus investigaciones buscarán favorecer a sus amigos o perjudicar a sus enemigos, sin ninguna independencia, sin compromiso con la sociedad a la que representan.

De otro lado, no interviene tampoco la ley anticorrupción en otros aspectos importantes como la financiación de las campañas políticas, que también es elemento determinante de corrupción, así no se enmarque aún dentro del código penal como delito. Como se sabe, todo candidato a cualquier cargo de elección popular debe financiar su campaña política, cada vez más costosa por aquello de la imagen, los asesores, la publicidad, el llamado "marketing político", etc. Para obtener los recursos para tal financiación, los candidatos deben recurrir a grandes pulpos financieros del país o a entidades o personas de gran poder económico y, en el peor de los casos, como en la pasada campaña presidencial (aunque es claro que no es la única que lo haya hecho), a personas cuya fortuna no tiene un origen claro. No en vano varios funcionarios de la campaña samperista se encuentran detenidos por enriquecimiento

ilícito para sí y para otros, amén de varios senadores y representantes a la cámara procesados y condenados por delitos de igual naturaleza.

En últimas, hay que decirlo, lo grave no es que el candidato tenga que recurrir a dineros "non sanctos" (presuntamente lícitos como los de los grupos financieros del país o presuntamente ilícitos como los de los llamados "Carteles de la Droga") para financiar su campaña; lo realmente grave es que sus gastos en la campaña se incrementen tanto que tenga que recurrir a tales fuentes de financiación, por la consecuencia natural que de ello se deriva, es decir, el compromiso permanente del elegido exclusivamente con el financiador de su campaña (sea él legal o ilegal), que excluye los intereses comunes que "debe", normativa y éticamente representar, de acuerdo a las normas legales sobre el asunto. Estos últimos intereses son excepcionalmente atendidos en la práctica y sólo permanecen en las muletillas de discurso de plaza pública, cada que es necesario justificar alguna decisión "en beneficio de los ciudadanos de bien, que son la mayoría de los colombianos".

Aportes de la magnitud de los que usualmente hacen los grupos y personas económicamente poderosas a las campañas de los diferentes candidatos, para los distintos cargos públicos, necesariamente constituyen "inversiones", que como tales no pueden ser desinteresadas (el sistema económico en el que nos movemos no permite ninguna actividad desinteresada) y necesariamente generan compromiso de los elegidos, las que les hacen perder su independencia y convertirse en simples ejecutores o defensores de los intereses de quienes financiaron su campaña, intereses que casi siempre pugnan con los del país. Más grave aún se torna la situación, cuando el poder del financista le permite intervenir simultáneamente en varias de las campañas, con posibilidad de ganar las elecciones, porque ello le garantiza que sea cual fuere el resultado de las mismas sus intereses prevalecerán sobre los de la comunidad.

En estos dos frentes fundamentales no interviene para nada la ley anticorrupción y por ello sus efectos en esta materia serán tan pobres como los que han producido otras leyes en relación con otros asuntos: prácticamente ninguno.

Por otro lado, no se tiene en cuenta el desgaste de la Ley como referente de comportamiento de la ciudadanía. La ley ya no convoca a la mayoría para su cumplimiento y en ello tienen gran responsabilidad los dirigentes que con su mal ejemplo precisamente convocan a lo contrario, al incumplimiento de la ley, a buscarle una salida a su aplicación. La imagen de corrupción que pesa sobre la "clase política" es el peor incentivo para el acatamiento y respeto de la Ley (creada por ellos mismos, "en nombre del pueblo"), pues es en la clase política precisamente

en quien recae el origen de la Ley, de las políticas públicas, de las ejecutorias administrativas más importantes².

Estas son pues algunas de las razones que llevan a ser escéptico en cuanto a la efectividad de la ley 190 de 1.995, como mecanismo para controlar la corrupción que hoy existe en nuestro país.

2. CORRUPCIÓN, CORRUPCIÓN POLÍTICA Y CLIENTELISMO

Para el total entendimiento del asunto, se trata ahora de explicar con alguna claridad, el significado de algunos conceptos estrechamente relacionados entre sí, necesarios para entender problemas propios del Derecho Penal, en particular los delitos contra la administración pública. A la vez servirán para justificar el escepticismo manifestado anteriormente (a manera de hipótesis a demostrar en este trabajo) sobre la efectividad de la Ley anticorrupción. Son los conceptos de Corrupción, Corrupción Política y Clientelismo.

Sobre este tema se han escrito "ríos de tinta" en los últimos años en Colombia, pero fundamentalmente artículos de prensa, comentarios editoriales, artículos de revista, etc., dejando la impresión de estar simplemente tratando de "abultar, utilizar, esgrimir, manipular la Corrupción Política mucho más que tratar de conocer su alcance, su etiología y sus posibles remedios"³. La sensación que queda, luego de percatarse de esa situación, es que se pretende llamar la atención sobre ese tema para ocultar otro u otros asuntos, como podrían ser la "modernización del Estado" por la vía de la introducción en el sistema neoliberal del mercado abierto, o posiblemente la disminución real de las garantías ciudadanas, o la casi desaparición de las instituciones democráticas a manos de las exigencias del "Estado Mínimo" o inclu-

- 2 Este puede considerarse uno de los "costes de la corrupción". Sobre ello puede leerse lo siguiente "La corrupción tiene altísimos costes. Costes económicos en cuanto altera el correcto funcionamiento del mercado; costes políticos en cuanto socava las instituciones quebrándose la confianza en la clase política; y sociales al redistribuir la riqueza y el poder hacia sectores privilegiados. Pero sobre todo, tiene un gran coste moral, máxime si no encuentra una adecuada respuesta represiva, ya que crea entre los ciudadanos, ante la tolerancia oficial frente a la corrupción, dudas fundadas sobre lo que es lícito o ilícito, generando una profunda crisis moral y provocando una generalización y justificación de comportamientos cotidianos fraudulentos". Ver: Jiménez Villarejo, Carlos. "Democracia contra Corrupción". En: Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate. Publicación cuatrimestral de Jueces para la Democracia. Madrid, España. No. 27. Noviembre de 1.996. p.p. 10-15. La cita corresponde a la página 15.
- 3 Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina. Presentación del Texto "La Corrupción Política", Alianza Editorial, Madrid, 1.997, pág., 14.

sive, ocultar temas tan importantes como el de la paz y el orden público, el de las fuerzas armadas, los grupos de autodefensa y paramilitares o el de la participación ciudadana, etc. En últimas, pareciera que esa preocupación por la corrupción fuera sólo aparente y con fines específicos diversos de su eficaz control.

Como señalan los autores Laporta y Alvarez, al resaltar la falta de bibliografía seria sobre el tema, "... entre nosotros (refiriéndose a España, pero aplicable también a Colombia) parece haber proliferado más el castizo "rasgado de vestiduras" o la acusación farisea que la información seria y la toma de posición argumentada. Y por lo que atañe al mundo latinoamericano, donde los problemas relacionados con la corrupción política parecen haber tenido una persistencia particular y una muy negativa repercusión socioeconómica, las cosas no son mucho mejores en cuanto a aportaciones propias, aunque hace ya algún tiempo que se ha recurrido en ciertos casos a la traducción (Klitgaard, Reisman)" (pág. 14).

En Colombia pareciera, hay que decirlo nuevamente, que se tratara incluso de buscar algunos chivos expiatorios (como en el reciente caso de los ministros de Comunicaciones y Minas y Energía Saulo Arboleda Gómez y Rodrigo Villamizar Alvargonzález) para dar la imagen de que se está empeñando en atacar la corrupción, pero en realidad no sólo no se trata de algo nuevo sino que precisamente la función de esos chivos expiatorios es la de permitir que todo siga igual. Se tranquilizan algunas conciencias, se "muestra" una tendencia, un ánimo, o una voluntad de eliminar el problema de fondo desde las más altas esferas, o se utiliza el mecanismo de la denuncia para "torpedear" un gobierno o una autoridad en particular, pero ese pregonado ataque al problema de la corrupción es sólo aparente. Por ello, terminado el incidente, se garantiza que las cosas puedan seguir funcionando de la misma manera y el problema de fondo sigue igual, aunque más oculto. La reacción de la gente es entonces la de mayor despreocupación y despreocupación, pues ya se han visto "resultados", se han producido efectos y efectivamente "el Estado está atacando la corrupción". Se trata, por lo tanto, escasamente de una forma de legitimar al Gobierno (aún a costa del "sacrificio" de algunos de sus "mejores" hombres), pero todo no pasa de ser una apariencia. En realidad, el sistema resulta fortalecido, se puede decir que se aumenta la confianza en él y sus integrantes (la clase política), para que todo siga siendo igual (o peor).

La corrupción no es sólo política (o pública), pues se presenta también en los espacios privados, en las grandes compañías (industriales, financieras y comercia-

les) y en general en la sociedad, y ella puede definirse de la siguiente manera, siguiendo nuevamente a Laporta, cuando dice:

"Un agente investido de autoridad toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica privada o pública, de forma que tal decisión genera para el agente (o para la organización, partido o círculo al que pertenece el agente) -a través de una transferencia de recursos del sector público o privado- una ganancia personal. Así la función pública es ilícitamente convertida en fuente de enriquecimiento privado" (pág. 20)⁴.

De acuerdo a la definición de Vito Tanzi, también puede entenderse "como un incumplimiento deliberado de la obligación de ser imparcial en el ejercicio de sus funciones, con el objeto de obtener de esa conducta determinados beneficios para uno mismo o para personas cercanas"⁵.

El Consejo de Europa ha creado un Grupo Interdisciplinario sobre la Corrupción, el cual define este fenómeno diciendo que es "sobre todo, un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones. La Corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí, ya para terceros"⁶.

Debe afirmarse, consecuentes con lo anterior, que la corrupción no es sólo política, pues también existe en el ámbito privado, como cuando un funcionario de una gran corporación industrial es "comprado" por otra para que espíe a aquella para la cual trabaja, en beneficio de la otra y por esta tarea exige o recibe una "bonificación".

Igualmente, no se requiere que la acción realizada sea ilegal en sí misma, ya que puede ser formalmente legal, es decir, no estar consagrada en el ordenamiento jurídico como reprochable, pero no por ello dejar de ser corrupta por la búsqueda de una ganancia privada.

4 Laporta, Francisco J. "La Corrupción Política: Introducción General". En: *La Corrupción Política*. Francisco Laporta y Silvina Álvarez editores. Alianza Editorial. Madrid, España. 1.997, páginas 19-36.

5 Tanzi, Vito. "Corrupción, Sector Público y Mercados". En: *Información Comercial Española*. Número monográfico sobre Prácticas ilícitas en economía. No. 741. Mayo de 1.995. pág. 15. Citado por Jiménez Villarejo, Carlos. ob. cit. pág. 10.

6 Project de Programme d'action contre la corruption. Estrasburgo. 1.991. Consejo de Europa. Citado por Jiménez Villarejo, Carlos. ob. cit. pág. 10.

El citado autor señala algunas conductas corruptas, como las siguientes:

a. El "soborno", entendido como el ofrecimiento de una recompensa irregular para influir en la conducta del agente (público si se trata de corrupción política o privado, en caso contrario) en relación con una decisión que es gratuita, debe ser tomada objetivamente y que beneficia a quien ofrece la recompensa o perjudica a un adversario. En Colombia, desde la perspectiva de los delitos contra la administración pública, se enmarca en los delitos de Cohecho propio e impropio de los artículos 141 y 142 del C.P. y en el ámbito privado, puede ser una conducta impune o eventualmente llegar a estar ubicada, no sin dificultad, en el delito de Violación de reserva industrial (artículo 238), aunque para su aplicación no es suficiente el soborno mismo sino que se "avance" hasta la efectiva violación de la reserva industrial.

b. La "Extorsión": es la amenaza del servidor público al ciudadano de tomar una medida lesiva para él si no realiza una contraprestación irregular a beneficio del agente público o privado. En nuestro Derecho Penal esta conducta, cumplida por un servidor público, se denomina Concusión (art. 140 del C.P.). Si el sujeto activo es un particular puede constituir un "Constreñimiento Ilegal" (art. 276 C.P.) o un delito de Extorsión (art. 355 C.P.), dependiendo de si lo que se exige realizar tiene como finalidad obtener un provecho ilícito de carácter económico o uno diferente.

c. Los "arreglos", en los cuales el agente público y el ciudadano privado establecen un pacto en perjuicio del público, de tal forma que la decisión oficial (concesión o adjudicación de un contrato, de una licencia, licitación, etc.) favorece al particular a cambio de una recompensa (porcentaje, por ejemplo) para el agente público, la cual puede ser recibida a través de intermediarios o en forma disimulada para evitar la sindicación de cohecho o de enriquecimiento ilícito para el funcionario.

d. Las "Alteraciones fraudulentas del mercado" : en ellas el agente público decide en asuntos que introducen en el mercado externalidades positivas o negativas determinantes del cambio de valor de bienes (de acciones de una empresa, por ejemplo, o de la propiedad raíz, o del café o petróleo, en nuestro caso) para beneficiar o perjudicar a un tercero sin bases objetivas para hacerlo, sea ello por amistad, enemistad o gratificación.

e. Las "Malversaciones o fraudes", que consisten en la utilización de los fondos públicos o de las posiciones oficiales para objetivos diferentes a los previstos legalmente, tales como la selección interesada de personal, favores, adquisiciones de determinados bienes no siempre de la mejor calidad, contrataciones, etc.

f. La "especulación financiera con fondos públicos": Es la inversión de fondos públicos en el mercado financiero con el objeto de obtener intereses irregulares o no contabilizados, incluso sin perjuicio para los fondos públicos, y generalmente a través de cuentas clandestinas.

g. La "Parcialidad", entendida como la discriminación deliberada en la formulación y aplicación de normas, en la administración de servicios o en la provisión de cargos en favor de personas u organizaciones afines al funcionario que decide, simplemente por ser afines.

h. La "colusión privada", que es un tipo de corrupción indirectamente relacionada con las administraciones públicas y en perjuicio del interés general, que se produce, "cuando ciertas empresas o agentes económicos que pugnan por la adjudicación o concesión pública se ponen de acuerdo entre sí para controlar el tipo mínimo de oferta en la subasta y se reparten entre sí los beneficios"⁷. En pequeño, se trata de algo similar a lo recientemente denunciado por los jueces civiles del circuito de Medellín y que se denominó "el cartel de la propiedad raíz" el cual manipula, mediante acuerdos entre varios sujetos presuntamente interesados en una subasta pública, los resultados de la misma a fin de evitar el mejoramiento del precio del bien sometido a subasta.

i. El Uso de información privilegiada, para tomar decisiones económicas o sociales privadas.

Ha sido difícil en el tiempo precisar qué acciones constituyen corrupción, no sólo porque la corrupción misma ha sido valorada de diferente manera (llegando incluso a ser aceptada como elemento funcional del sistema económico y político) sino también porque han sido variables las actitudes culturales frente a ella y aún dentro de una misma cultura. Sin embargo y a pesar de las dificultades que el tema implica, el autor que viene siendo soporte de este trabajo plantea que existen varias circunstancias sociales y económicas generales que parecen favorecer la aparición de la corrupción en una democracia liberal. Por su semejanza frente al caso colombiano, conviene repetir las textualmente. Son ellas:

"La corrupción tiende a incrementarse en períodos de rápido crecimiento y modernización, como consecuencia del cambio de valores, las nuevas fuentes de riqueza y la paralela ampliación de la administración".

7 Laporta, Francisco J. Ob. Cit. Página 22.

“La relación entre las oportunidades políticas y las oportunidades económicas de un país también afecta a la corrupción. Si las oportunidades políticas superan a las económicas en un período dado, habrá más gente dispuesta a entrar en la política como modo de hacer dinero y ello llevará a una potencial extensión de la corrupción”.

Esta circunstancia es particularmente presente en nuestro medio, en donde hoy se habla de más de un millón de colombianos en edad económicamente activa pero sin trabajo⁸. La opción de “hacer política” o de “entrar a la política” resulta válida y posible (tal vez la única viable para muchos) y ello facilita que por conseguir o mantenerse en un trabajo cualquiera, se haga “cualquier cosa” en beneficio de aquellos a quienes se debe la vinculación laboral pública o privada o la suscripción de un contrato de prestación de servicios con la administración pública. No debe olvidarse que el Presidente de la República (Ernesto Samper Pizano), en la campaña presidencial que lo llevó a la primera magistratura de la Nación, prometió crear 1.5 millones de empleos nuevos, de los que escasamente ha alcanzado a cumplir en un 10%, pasadas tres cuartas partes de su mandato.

“Si la economía se abre a la competencia internacional sin barreras arancelarias o aumenta súbitamente la llegada de inversiones extranjeras, la corrupción tiende a incrementarse como modo de encontrar un lugar al sol del mercado en un medio ambiente nuevo y desconocido”.

Se diría al respecto que existiendo más dinero en busca de ser “colocado”, las opciones existentes serán luchadas “hasta las últimas consecuencias” y generalmente sin escrúpulos. Aquí puede aplicarse aquello de que “en la guerra y en el amor todo se vale”. En Colombia, desde el pasado gobierno (el de César Gaviria Tujillo) se dispuso, siguiendo exigencias del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, una “apertura económica” que consistió en eliminar los impuestos o aranceles por la entrada de productos provenientes del exterior, so pretexto de someter la economía local a la competencia

8 El periódico El Colombiano, en su edición del domingo 31 de agosto de 1.997 presentó un informe al respecto del desempleo y las opciones laborales independientes para los desempleados actuales en Colombia. (El Colombiano, Medellín, págs. 1A, 6A, 7A, 8A, 9A y 10A. Se afirma así en el artículo “El desempleo tiene alternativas sin explorar” pág. 1A: “El desempleo en Colombia llegó al millón de personas. Las causas, según los expertos, tienen que ver con la apertura económica, nuevos esquemas de producción industrial y la recesión en los últimos años en el comercio como en la industria”.

con el mercado internacional para lograr su modernización. Hoy, luego de siete años de su ejecución, los resultados en la economía no son alentadores. Gran cantidad de desempleados, gran cantidad de empresas medianas y pequeñas quebradas o en proceso de Concordato con los acreedores y los colombianos comprando tranquilamente productos extranjeros en todas las esquinas, en una suerte de “harakiri” económico y social.

d. “Cuando la articulación institucional del sistema político produce un desequilibrio entre el protagonismo de algunos agentes y los recursos necesarios para jugar su papel, tiende a estimularse la obtención de tales recursos mediante prácticas corruptas. Este ha sido quizás el caso con la financiación de los partidos políticos, obligados a jugar un papel fundamental en la competencia política pero incapaces de sobrevivir en la competencia económica por los recursos necesarios”.

En Colombia, éste parece ser el caso. El actual presidente de la república Ernesto Samper Pizano, ha sido denunciado e investigado (pero luego absuelto por sus copartidarios en el Congreso, aunque varios de sus inmediatos colaboradores sí han sido condenados por la Justicia Colombina, como el caso de Santiago Medina, tesorero general de la campaña y Fernando Botero Zea, gerente de la misma y luego primer ministro de Defensa Nacional del gobierno Samper) por permitir el ingreso de dineros del narcotráfico en su campaña electoral. De los informes de prensa durante los años 94-97 se deduce que en el período comprendido entre la primera y la segunda vueltas electorales presidenciales pudieron haber entrado a la campaña “Samper Presidente” entre 3.500 y 4.000 millones de pesos provenientes del llamado “cartel de Cali”, grupo de narcotraficantes con asiento en esa localidad, capital del Departamento del Valle del Cauca. De igual manera, los grandes grupos financieros del país invierten simultáneamente en las más sólidas campañas electorales.

Todo esto implica, como ya se dijo, que el elegido adquiere un compromiso con quienes financian su campaña, no con los electores o con el interés general (verdadero) de los ciudadanos. Entre las causas del incremento del costo de las campañas electorales está la profusión de propaganda por diferentes sistemas: prensa, radio y televisión, la utilización de vallas, carteles, avisos y en general todos los tipos de publicidad. Igualmente, la contratación de asesores de imagen, de asesores políticos y académicos para estructurar un programa, los gastos en “trasteo de votantes” de una ciudad a otra, y en fin, toda la serie de gastos que hasta el día de las elecciones se hacen para obtener el favor popular.

Adicionales a las anteriores, el varias veces citado autor Francisco J. Laporta reseña otras ocho condiciones más específicas para favorecer la corrupción, las cuales se enuncian a continuación:

a. Los salarios y remuneraciones públicas de bajo nivel o las carencias importantes en materias relacionadas directamente con el bienestar personal y familiar.

b. La interinidad constante en la función pública o de la cuantía de las remuneraciones. (Aquí puede pensarse en la proliferación de contratos de prestación de servicios en la administración pública, con los cuales se suplen las necesidades de mano de obra, sin vinculación directa, estable y permanente con la administración. Esas personas serán, fácilmente, una presa fácil de los corruptos para realizar actividades en beneficio de sus "patrones", no siempre apegadas a la legalidad. Ello por conservar el contrato o permitir su renovación, en un mercado laboral saturado).

c. La Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de sanciones, sea por falta de reproche social (en sociedades con culturas condescendientes hacia ciertas formas de corrupción, como recomendaciones, regalos, favores, etc.), sea por la falta de penas legales o un deficiente y lento procedimiento de aplicación de las mismas.

En Colombia esta situación es dramática. En materia penal, se habla insistentemente de altos niveles de impunidad. Al respecto, puede citarse a Gabriel Ricardo Nemogá Soto (1.995), quien afirma:

"La impunidad: es la no aplicación de la sanción prevista en la ley para las conductas delictivas, sea que los hechos lleguen o no al conocimiento de las autoridades. Ella está generada por la criminalidad oculta que son los delitos que no llegan a conocimiento de las autoridades. Los delitos de mayor porcentaje de no denuncia son el hurto simple, el raponazo, el atraco, la contaminación ambiental y los delitos de peligro común. Otros no denunciados son el hurto con abuso de confianza, con violación de domicilio, el acceso carnal violento, el desaparecimiento, el daño en bien ajeno y las muertes y lesiones en accidente de tránsito. Ello puede influir grandemente en la pérdida del respeto de la vida, lo que contrasta con el hurto de vehículos que tiene una criminalidad oculta del 0%.

"La criminalidad conocida por las autoridades: Para los delitos que afectan bienes jurídicos mayores como la vida y la propiedad, el nivel de resoluciones de acusación es poco (13.1% en 1.989 y 17% en 1.991),

*contra una gran cantidad de cesaciones de procedimiento, superior al 80% para ambos delitos. Las sentencias son menores aún. No obstante, según el DANE, en 1.991 se iniciaron 152.465 sumarios y llegaron a sentencia el 27% de los cuales el 78% fue condenatoria"*⁹.

La Administración Pública, bien jurídicamente protegido en la mayoría de los delitos relacionados con la corrupción, no es la excepción en este tema de la falta de sanción. No obstante que no se conocen datos concretos, no hay razones tampoco para esperar que en este ámbito la situación sea diferente a la de los demás delitos. Ni siquiera ahora en vigencia del "Estatuto Anticorrupción", el cual centra su estrategia en el incremento punitivo para los llamados "delitos contra la administración pública", se conocen estudios serios sobre la incidencia del estatuto en el control de dicho flagelo¹⁰.

d. La sobre-regulación administrativa o ineficiencia de gestión, que determinan que los ciudadanos se vean compelidos a ofrecer recompensas ilícitas para acelerar o simplificar trámites o tener éxito en su relación con la administración, lo que hace que la corrupción se vea funcionalmente incentivada.

e. La magnitud económica de las consecuencias de la decisión pública a tomar, o el tamaño del efecto creador de riqueza sobre el mercado.

En el caso Colombiano, pueden citarse como ejemplos los contratos de asociación petrolera, las concesiones de espectro electromagnético para la televisión o la radio, lo mismo que para la telefonía celular, la terminación del monopolio de la empresa estatal Telecom para el servicio telefónico de larga distancia, la pavimentación de la llamada "vía al llano" entre Bogotá y

9 *Nemogá Soto, Gabriel R. "Crisis Judicial: enfoques diferentes y elementos constantes". En: Pensamiento Jurídico No. 4. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá D.C. 1.995. p.p. 107-130.*

10 Recientemente se publicó el texto de un informe presentado por el Ministro de Justicia y del Derecho Dr. Carlos Medellín Becerra al Congreso Nacional titulado "Contra la Corrupción: 18 meses después", el cual pretende ser un informe sobre las "múltiples actividades" cumplidas contra la corrupción por el actual gobierno, desde la vigencia del estatuto anticorrupción, y un estudio de los efectos de su aplicación. Realmente, no aparecen datos confiables al respecto, pues la estrategia metodológica se basó en averiguar cuantos procesos se había iniciado en 25 de las 29 Fiscalías Seccionales de Colombia en los 18 meses transcurridos entre junio de 1.995 y diciembre de 1.996. Aparece como "dato importante", pero sin ninguna contrastación con otros períodos anteriores a la vigencia del citado estatuto, el que durante el lapso que comprende el informe se han iniciado 1.652 procesos penales en las citadas Fiscalías, sin que nada se sepa sobre su terminación, sobre los resultados de esos procesos y sobre el verdadero impacto preventivo de las citadas normas. (ver págs. 115 y siguientes).

Villavicencio o la construcción del túnel "de occidente" entre la ciudad de Medellín y el municipio de San Jerónimo, o los más cuestionados recientemente, la construcción del Tren Metropolitano de Medellín y el caso de la Hidroeléctrica de El Guavio, entre otros. Estos son ejemplos de negocios de grandes inversiones, de mucho interés para grandes empresas (nacionales y extranjeras) y de frecuentes presiones para quienes tienen en su poder la facultad de tomar decisiones sobre esos temas.

f. La pertenencia a, o la colaboración del agente con, una organización que transmita de algún modo el mensaje de la "doble lealtad", lo que lo sitúa en un conflicto de motivaciones (lealtad a su jefe o al público). Se hace más notorio ello cuando el agente debe su cargo o función a la organización más que a verdaderos méritos (concurso), lo cual es frecuente hoy en Colombia en el caso de funcionarios de rangos medios o superiores en la administración pública, en la rama legislativa e incluso en la judicial.

g. La falta de competitividad o inexistencia de un mercado abierto en la pugna por obtener el beneficio o los recursos producto de la decisión.

h. La falta de articulación o los defectos en la articulación de la organización burocrática a la que pertenece el agente que decide, lo que deriva en problemas de falta de control (interno, jerárquico o funcional) de su actividad.

De todas estas circunstancias, el autor que venimos citando plantea, siguiendo a Klitgaard (1.988 p.p. 74-75) la que se ha llamado Ecuación básica de la Corrupción, la cual presenta de la siguiente manera:

Corrupción = Monopolio de la decisión pública + discrecionalidad de la decisión pública - Responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública.

Es por lo anterior que se sostiene que la corrupción encuentra su terreno más y mejor abonado en espacios de monopolio de la facultad de toma de decisiones (sea él personal o institucional), con amplias facultades sobre los temas más importantes, sin mecanismos claros de control o sin mecanismos que obliguen a rendir cuentas.

Al respecto, el autor que se viene citando considera que el espacio en el que mejor se puede controlar y atacar la corrupción es en el Estado Democrático de Derecho, en el cual las decisiones están compartidas y controladas por diferentes autoridades, no son monopolizadas ni ocultas o clandestinas, no son tomadas por una sola persona sino que intervienen organismos múltiples de

conformación plural, de tal manera que así pueden evitarse muchas de las manifestaciones de la Corrupción¹¹.

Trasladando el asunto al caso colombiano, no resulta tan claro que pueda disminuirse o controlarse la corrupción por el solo hecho de existir (formalmente) una democracia, pues en nuestro caso intervienen diferentes condiciones especiales que hacen que nuestro aparente "Estado democrático de Derecho" no sea más que una mera ilusión y que finalmente sea la corrupción la que campee por todos los rincones de la administración pública, de todos los sectores de poder, en todos los lugares y frente a las mínimas decisiones.¹²

Tales condiciones especiales dicen relación, por ejemplo, a particularidades como la debilidad del Estado, la presencia de grandes intereses personales en el manejo del Estado, la existencia de un compromiso grande de quienes acceden a los principales espacios de poder con aquellos que han financiado sus campañas, con aquellos amigos y favorecedores que de alguna manera puede decirse que los "colocan" en una determinada posición para que, cumplido ese favor, el mismo sea pagado con otra serie de favores, prebendas, favoritismos, contratos de diferente naturaleza, cargos públicos y burocracia en general, amén de otros no pocos favo-

11 En el mismo sentido se expresa Jiménez Villarejo, Carlos. Ob. Cit. Dice así: "La lucha contra la corrupción es una exigencia fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho. Por una parte todo el poder público, en sus variadas manifestaciones está sometido al Derecho.... Es así mismo un rasgo específico del Estado de Derecho, que fundamenta también la lucha contra la corrupción, el deber de cuantos integran la administración de "servir con objetividad los intereses generales" y "actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones", norma fundamental para la prohibición y sanción de las conductas corruptas (artículos 97, 103.1 y 117.1 de la Constitución Política Española, se aclara). Pero no termina aquí el fundamento constitucional de la lucha contra la corrupción. La definición del Estado como "Social" obliga a entender que el reconocimiento de la "economía de mercado" y la "libertad de empresa" está complementado con previsiones en orden a garantizar no sólo las obligaciones propias de un Estado asistencial, sino la posibilidad de "transitar a formas superiores de solidaridad y convivencia" y realizar el valor constitucional de la "justicia". Evidentemente la caracterización del Estado como "social" obliga a plantearse como un objetivo fundamental la lucha contra la corrupción -pública y privada- ya que, como veremos, aquella constituye un ataque a la concepción constitucional del orden socioeconómico y favorece el desarrollo de los elementos más negativos, por antisociales, de la economía de mercado". (págs. 10-11).

12 El profesor italiano Luigi Ferrajoli analiza esta distancia entre lo formal y lo real del Estado hoy en su artículo "El Estado Constitucional de derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", aparecido en el texto: Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la Jurisdicción", Perfecto Andrés Ibáñez, editor. Editorial Trotta, Madrid, España. 1.996. 172 págs. En sentido semejante, en el mismo texto aparece el artículo del profesor español Miguel A. Aparicio Pérez titulado "Modelo Constitucional de Estado y realidad Política" p.p. 30-39.

res como concesión de licencias, emisoras, noticieros de televisión, auxilios o partidas del presupuesto para sostenerse como jefe político, etc.

En últimas, existe en nuestro caso una profunda privatización del Estado, no en el sentido económico que tanto se critica ahora, no en el sentido neoliberal del término, sino en el sentido político, es decir, en cuanto el Estado ha sido apropiado por los políticos (y sus patrocinadores) para sus intereses privados. De ahí que el espacio en el que se mueve, genera, reproduce nuestra corrupción (pública y privada), es el espacio del clientelismo, fenómeno al que se dedicará atención posteriormente.

Antes de abordar este punto, es pertinente citar nuevamente a Laporta en cuanto a los controles para la corrupción, en afirmaciones con las que no podemos menos que estar plenamente de acuerdo:

"Todas estas condiciones de carácter económico, social y organizativo, así como la condición formal (expresada en la ecuación básica de la corrupción, aclaro) que hemos considerado son importantes, pero no constituyen sin embargo la causa última de la corrupción. Cuando nos las tenemos que ver con acciones humanas siempre es difícil distinguir entre condiciones, móviles y cosas similares, pero creo que puede decirse que la Causa, así con mayúscula, inevitable y, en último término, irreductible de la corrupción, es LA CONDUCTA DESHONESTA DEL ACTOR PÚBLICO. Esto suena a obviedad, y seguramente lo es, pero no es ocioso insistir en ello porque, por trivial que parezca, es lo que está en el centro del punto de partida antes mencionado. En último término la corrupción se da única y exclusivamente PORQUE un individuo, sea cual sea su mundo entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y esta es precisamente la razón por la cual siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antidoto eficaz como para impedir totalmente una opción individual de este tipo. En todo caso, ese sistema o ese antidoto tendrá mucha más fuerza si son INTERNOS al individuo (educación, convicciones, etc.) que si son meramente EXTERNOS" (PÁG. 28, subrayas en el texto).

En la misma línea expositiva del autor, conviene terminar este acápite haciendo referencia a la existencia en el mundo, tal vez con más fuerza en el sistema económico capitalista en el que nos movemos, de lo que puede llamarse DOS SUPRA-VALORES, dos valores que dominan el mundo y que tienen tras de sí otros muchos que frente a ellos están subordinados y solamente tendrán alguna importancia (para el grueso de la población) en tanto sean funcionales o en cuanto estén aso-

ciados a ellos. Esos dos supra-valores son EL PODER Y EL DINERO. Por obtener cualquiera de ellos o los dos (los que además se retroalimentan el uno al otro) la gente puede hacer prácticamente cualquier cosa. Esos dos valores superiores mueven el mundo y mientras existan hombres con la idea de que ellos son los que le dan valor a su existencia, (el mismo sistema los incentiva con los permanentes mensajes directos y subliminales en el sentido de que son el dinero, las posesiones y el poder lo que le dan valor a la vida) existirán problemas tan graves como la corrupción. La corrupción tiene con esos valores "superiores" una estrecha relación; así parecen confirmarlo las consideraciones del autorizado autor que se viene siguiendo.

3. CLIENTELISMO

Puede decirse que el clientelismo es una forma de relaciones de intercambio entre personas que implica "una larga amistad instrumental en la cual un individuo de más status socioeconómico (patrón) usa su propia influencia y recursos para proporcionar protección y/o beneficios a una persona de menos status (cliente); a su vez éste corresponde al patrón al ofrecerle apoyo y asistencia general, incluidos sus servicios personales"¹³.

De lo anterior se puede concluir que el Clientelismo es una relación asimétrica (de alguien que tiene un mayor status socioeconómico con otra persona o grupo de personas con un status menor) en la cual existe un compromiso de mutua ayuda y colaboración, pero donde generalmente los mayores y mejores beneficios van a parar al "patrón" o a su grupo inmediato de coasociados.¹⁴

13 James C. Scott. "Patron Client Politics and Political Change" 66th Annual Meeting of the American Political Science Asociación. Los Angeles, California. U.S.A.. Citado por Leal Buitrago Francisco y Dávila Ladrón de Guevara, Andrés. "El Clientelismo. El sistema político y su expresión regional". Tercer Mundo Editores e Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Segunda edición. 1.991. pág. 39. Sobre el mismo tema resulta interesante el texto: González Alcantud, José A. "El Clientelismo Político. Perspectiva socioantropológica". Editorial Anthropos, Barcelona, España. 1.997. 206 págs.

14 Dice González Alcantud, José A. que: "... son varios los vectores que coinciden en la formación del clientelismo como universal antropológico. El primero, su vínculo infraestructural con el intercambio de bienes. En segundo lugar, su relación con el parentesco y el territorio. El Ethos del clientelismo, nucleado en derredor del honor y del intercambio simbólico, sería el basamento ideológico del contrato diádico en tercer lugar. El cuarto término que incide en su constitución será la vida política municipal. El quinto y último el vínculo con el Estado nacional, a través de los partidos y de la burocracia fundamentalmente". Ob. Cit. Pág. 21.

No puede decirse, entonces, que se trata de una relación exclusivamente entre dos personas, sino que, como dice Stefen Walter Schmidt "los agentes operan en tres niveles; el primero como relaciones entre dos personas, el segundo como conexiones entre agregados de personas y patronos o burócratas, y el tercero, como "interfaces" que vinculan comunidades enteras a la sociedad. Las características de los agentes mismos, las cualidades personales que los empujan a su posición, también emergen como factores importantes para entender su conducta".¹⁵

Para lo que interesa en este trabajo, reconociendo que el clientelismo político es solamente una faceta o expresión del concepto social de clientelismo, puede decirse que él es la forma como funciona nuestro sistema político, hasta el punto en que prácticamente vale afirmar que quien no esté dentro de él (es decir, pretenda no funcionar como dicho sistema funciona) no existe para ese sistema o está contra él (lo cuestiona, critica y ataca o simplemente no le interesa) y por lo tanto es objeto de las diferentes formas de represión, sea por las vías legales (El sistema penal, con la Administración de Justicia a la cabeza), como por las ilegales, es decir, los grupos de autodefensa, los paramilitares, y en general el procedimiento de "guerra sucia" que tantas muertes, desapariciones, intimidaciones y torturas ha causado en nuestro país.

Así, el clientelismo político, como forma de funcionamiento de nuestro sistema político, implica una **apropiación privada** de los recursos del Estado y podría decirse que del Estado mismo, **para fines de beneficio personal y de su reproducción, amén de que esta forma de funcionamiento resulta funcional (favorable) a la dominación y al control social.**

Así, el Estado y todos sus recursos, cada vez crecientes pero a la vez insuficientes para la voracidad clientelista, resultan siendo "tomados" o "poseídos" por un grupo de personas (integrantes de partidos políticos) que lo utilizan para favorecer a sus asociados y para favorecerse a sí mismos, para perpetuarse ellos en el poder político o en el dominio de un sector del territorio nacional (municipio, departamento o región).

La lógica del funcionamiento clientelista consiste en que un "patrón" político o uno de sus "lugartenientes" logra acceder a un cargo público (sea por elección popular o por designación de otro jefe) pero él llega a su cargo no

15 Leal Bultrago, Francisco y Dávila L., Andrés. Ob. cit. pág. 40.

tanto con la idea fija de prestar un servicio desinteresado "a la patria, a la comunidad o al Estado", sino con la finalidad de "enriquecerse electoral y económicamente", para lo cual utiliza los fondos públicos de tal manera que pueda pagar favores a jefes y subalternos, convocar nuevos adeptos e incrementar su poder "político" o sostenerse en el cargo o lugar al que ha accedido. Es aquí entonces donde se presentan situaciones que tímidamente aparecen consagradas como delitos, amén de otras muchas que no lo están, pero que resultan cuestionables por lo menos éticamente y que en últimas van minando la capacidad y fortaleza del Estado para ser intermediador de los conflictos y las luchas por el poder político que se presentan en la sociedad.

En el clientelismo político entonces, "el patrón otorga favores burocráticos a sus clientes a cambio de lealtad política y otros servicios, en una relación ciertamente desigual pero que favorece a ambas partes. Esta relación no es exclusiva del sector rural ni propia tan sólo de sociedades atrasadas: se da en los sectores urbanos y en las burocracias más sofisticadas a nivel nacional e internacional"¹⁶.

La lógica clientelista, por lo tanto, no obedece a una racionalidad política real, al incremento de la acción oficial para solucionar los diferentes conflictos sociales, para atender las cada vez más crecientes demandas sociales, sino simplemente al deseo de los integrantes de "la clase política" de incrementar su poder a base del mismo clientelismo o por lo menos sostenerse, de tal forma que tengan garantizada la permanencia en el sistema y el control de parcelas del poder, para utilizarlo siempre con criterios de interés privado, de interés particular o de interés de grupos reducidos de la población¹⁷.

16 González G., Fernán E. "Para leer la Política: Ensayos de Historia Política Colombiana". Tomo I. CINEP. Bogotá. 1.997. p.p. 165-213. La cita corresponde a la página 168.

17 "El clientelismo político es, pues, una relación de intercambios entre dos personas, A y B, dotados de recursos políticos muy desiguales, en la cual A otorga u obtiene ciertos favores en beneficio personal de B, a cambio del apoyo político de éste. En general, por clientelismo político se entiende:

- a. Una relación clientelista de patrón-cliente, empleada con fines políticos.
- b. Un conjunto de tales intercambios o relaciones como cuando se dice: en la región X ha aumentado el clientelismo.
- c. Un estilo de hacer política, basado sustancialmente en intercambios clientelistas. Tal sería el sentido de la expresión: La ciudad X se caracteriza por el más puro clientelismo político".

En: Hálaby Córdoba, Julio C., y Echavarría Córdoba, Jaime. "Sociología política de comicios y clientelismo". Gráficas Universitarias de la Universidad Tecnológica del Chocó. 1.988, 99 págs.

Precisamente, como se trata de un sistema en el que se relacionan dos personas (en principio) que están separadas por desigualdades sociales, una de las razones por las cuales se sostiene y mantiene el sistema es que para la parte económicamente débil el clientelismo "se constituye como un sistema primitivo y deformado de seguridad social, donde actúan como intermediarios los partidos políticos tradicionales que otorgan bienes y servicios a cambio del apoyo electoral que les permite legitimar su poder en términos de la democracia formal. El clientelismo se alimenta del atraso, del desempleo, de la pobreza e insatisfacción de las necesidades básicas de la mayoría de la población y de la necesidad que tienen las clases políticas de una refrendación electoral de su poder por parte de las masas populares (así esa refrendación no logre pasar el 30% del potencial electoral). El clientelismo sobrevive gracias a la marcada desigualdad de oportunidades para las diferentes clases sociales y al desarrollo desigual de oportunidades para las diferentes regiones del país. Así, el clientelismo es la respuesta de una sociedad basada en la desigualdad frente a la igualdad política de tipo formal"¹⁸.

Es a partir de este "ambiente" de clientelismo, que se pueden presentar algunas conductas ya incluidas en el código penal como delitos contra la administración pública, tales como:

El peculado, en sus distintas formas: por apropiación, como cuando el funcionario (hoy servidor público) toma para sí o para un tercero los bienes del Estado, apropiándose de ellos, o cuando cambia la destinación de unos recursos, sin seguir los trámites reglamentarios, para destinarlos a actividades de claro corte proselitista, o cuando utiliza los bienes o servicios del Estado para el beneficio personal, o el de sus jefes y/o allegados políticos (peculado por uso).

También, cuando se resuelve un asunto (por resolución) a favor de un allegado político o familiar, con ánimo de beneficiarlo y sin que la ley permita tal decisión (prevaricato), o cuando se establecen contactos con otros servidores públicos para obtener de ellos decisiones favorables para sus allegados (tráfico de influencias), o cuando se utilizan los recursos de poder disponibles para atacar, perjudicar o limitar a sus adversarios o contradictores (Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, por ejemplo), o cuando se reciben comisiones o "mordidas" de parte de cualquier particular interesado en algún asunto propio de sus funciones para resol-

18 González González, Fernán. "Legislación y comportamientos electorales: evolución histórica". En: "Para leer la Política: Ensayos de Historia Política Colombiana". Tomo I. CINEP. Bogotá. 1.997. p.p. 95-164. La cita corresponde a la página 98.

verlo favorablemente a él o sus allegados (cohecho propio o impropio o cuando se utiliza información privilegiada obtenida en razón del cargo para beneficio personal o de sus allegados (utilización indebida de información privilegiada) o entre otros, cuando se enriquece económicamente sin que exista forma de justificación legal de sus incrementos patrimoniales, pero que con seguridad provienen del uso "clientelar" de su cargo, sus influencias y su posición privilegiada (enriquecimiento ilícito).

Todas estas acciones y muchas otras que no alcanzan a "caber" dentro del ordenamiento jurídico-penal, evidencian el funcionamiento del sistema político como un asunto personal, privado, particular de aquellos que logran acceder a cargos públicos, no siempre con verdadera autoridad, pero sí con facilidad de intervenir de esta manera en decisiones políticas, administrativas, financieras, etc., en beneficio personal o de sus allegados.

Se trata entonces, ya se afirmó, de una apropiación privada (particular para fines privados) del Estado, una suerte de "Privatización Política" (no económica) del Estado.

Por supuesto que esta forma de funcionamiento del Estado tiene graves efectos en el sistema mismo. Puede afirmarse con Alfredo Molano que "el clientelismo no es un mero vicio de los políticos, sino el nervio real del Estado, y como tal, el actor determinante de dos fenómenos simultáneos (pero paradójicamente contradictorios, se aclara), la estabilidad y la inestabilidad del sistema".¹⁹

Lo anterior significa que el clientelismo es el mecanismo de cohesión del sistema político, en la medida en que se constituye en la forma como él funciona, en la forma como logra adeptos, en la forma de obtener resultados (así sean finalmente precarios, carentes de planificación, de racionalidad económica y política), en la forma como domina y controla toda la sociedad, pero por otro lado, es el mecanismo que más debilita al Estado, pues va perdiendo capacidad para cumplir sus verdaderos objetivos entendidos, como ya se dijo, como su finalidad de interponerse entre actores en conflicto, actores sociales con intereses opuestos, para solucionar ese conflicto, buscando con ello la realización del interés colectivo. El Estado entonces pierde esa capacidad de intermediación, pues se sitúa solamente en uno de los extremos de la relación conflictiva, la apadrina, la defiende y en últimas la impone. Para ello cuenta con todos los recursos estatales de represión, de control.

19 Molano, Alfredo. Prólogo al libro ya citado de Leal Buitrago y Dávila "El Clientelismo...". pág. 9.

Igualmente el clientelismo debilita el sistema porque el Estado deja de responder a una racionalidad o a una lógica acorde con sus funciones. El norte que guía su accionar es el beneficio personal o de grupo de los miembros de la "clase política" y "sus" funcionarios, de tal forma que los recursos estatales se invierten con esa "lógica" y así no hay planeación posible. Es más fácil programar la construcción de una carretera, de una cancha de fútbol o de un coliseo, por ejemplo, que solucionar problemas estructurales. Así, los beneficiarios de la carretera o de la obra "visible" quedarán eternamente agradecidos con los políticos (alcalde, secretarios, jefes políticos, etc.) que hicieron la carretera o la obra (y ese agradecimiento se expresará fácilmente en votos), pero la comunidad seguirá siendo marginada, con mínima cobertura educativa, con dificultades de relación personal y social, sin proyecto político, sin conciencia de su carácter de ciudadano. La posible participación que tendrá en "esa obra" será por la vía de los convites, del trabajo material en la construcción o autoconstrucción. Y seguirá votando o empezará a votar por "su redentor", por el político o el grupo político del personaje que "los salvó" del aislamiento o los redimió de sus limitaciones (instrumentales).

En esta situación tienen participación, muchas veces, integrantes de la sociedad civil, de la comunidad, líderes cívicos, generalmente ingenuos campesinos convencidos de las "bondades" del jefe político, quienes a través de instituciones como las Juntas de Acción Comunal participan del sistema clientelista por la vía de los auxilios (hoy a prohibidos constitucionalmente) o por la vía de los contratos de obra pública, de mantenimiento de carreteras, de prestación de servicios o de asuntos similares. Obviamente, dichos contratos también tienen una asignación propia del sistema que venimos comentando.

Otras instituciones que resultan vinculadas a este sistema son por ejemplo los Comités Municipales y Departamentales de Cafeteros, los cuales reciben dineros oficiales para destinar a determinadas obras, decretadas ellas muchas veces de acuerdo a los intereses de los jefes políticos de la zona de influencia del respectivo Comité²⁰.

Otras muchas obras son realizadas sin la más mínima planeación, pero ellas obedecen a que son productivas políticamente, tales como placas

20 Sobre este tema puede verse el libro de Gallón Giraldo, Gustavo (comp.) "Entre movimientos y caudillos: 50 años de bipartidismo, izquierda y alternativas populares en Colombia". Bogotá. CINEP-CEREC. 1.989. En particular, puede verse sobre este punto específico el artículo de Valencia, Luis Emiro. "El movimiento comunal y la participación popular". p.p. 307-327.

polideportivas, una escuela (sin profesores), un acueducto veredal sin las suficientes especificaciones técnicas, o con materiales de mala calidad. El todo es "hacer presencia del Estado", pero en realidad la comunidad sigue igual de atrasada, de postrada y de sumisa a los designios del sistema clientelista del cual ya son integrantes.

Perdida la capacidad de manejar conflictos, la capacidad intermediadora en los conflictos sociales y más aún, perdida la capacidad de respuesta a las verdaderas demandas sociales y políticas de la sociedad, el Estado débil no encuentra otra salida que la represión, el aplastamiento de aquellos inconformes con la respuesta oficial tan precaria, tan superficial, tan ineficiente y demorada o incluso tan insatisfactoria. Las demandas sociales se hacen cada vez más enérgicas y a su vez cada vez más enérgica es la respuesta oficial (recientemente en la ciudad de Ibagué se presentaron disturbios entre vendedores ambulantes y la Fuerza Pública por la pretendida reubicación de los primeros. No es extraño que la única o por lo menos la primera presencia del Estado sea precisamente la de la Fuerza Pública. Algo semejante ocurrió en 1.996 en las zonas cocaleras del Meta, Putumayo y Cauca.). Nuevamente citemos a Alfredo Molano cuando dice en el prólogo del texto ya citado de Leal Buitrago y Dávila Ladrón de Guevara cuando sobre este punto dice:

"El clientelismo y la violencia son hermanos gemelos. El sistema tiene una capacidad infinita para satanizar a quienes no logran colarse al festín, para luego, con todo cinismo, aplastarlos con las armas oficiales, reconociendo o no como tales". (pág. 10).

De esta manera podemos entender el problema del clientelismo, sus efectos en la sociedad colombiana y en el sistema político y principalmente puede entenderse, para los efectos de esta exposición, que si el estatuto anticorrupción no toca para nada el problema central, el "ambiente" en el que los delitos contra la administración pública se desarrollan, nada se hará realmente serio, creativo, aportante y "eficiente" contra la corrupción en la política.

4. DE LA LEY 190 DE 1.995 PROPIAMENTE DICHA

Pasando a lo que es el tema concreto de este trabajo, es necesario referir a algunos artículos del Estatuto Anticorrupción que consagran normas sustantivas y procesales que implican modificaciones con respecto a la legislación anterior. Ello permitirá sustentar la tesis de que esta ley, tan promocionada y adulada, no producirá mayores efectos en lo relativo al control del problema de la corrupción. Veamos:

4. 1. *NORMAS SUSTANTIVAS*

4.1.1. El artículo 17 de la ley 190 introduce un artículo nuevo en el código penal, el 59A, el cual establece una inhabilidad para el desempeño de funciones públicas cuando los servidores públicos sean condenados "por delitos contra el patrimonio del Estado".

Esta norma, que pretende introducir una nueva inhabilidad para los eventos en que se condena a servidores públicos por delitos contra el patrimonio estatal, en realidad no es nueva en su totalidad. Ello por cuanto el artículo 42 del Código Penal al establecer las penas accesorias ya había contemplado las de "pérdida del empleo público u oficial" e "interdicción de derechos y funciones públicas", esta última por un período máximo de 10 años (artículo 44 C.P.); situación idéntica a la planteada en la nueva norma, al menos en su texto original, es decir, cuando era factible la rehabilitación, de acuerdo a la parte final de ese nuevo artículo 59A. No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-038 de febrero 5 de 1.996, declaró la inexecutable del aparte que establecía la posibilidad de rehabilitación, por considerar que ella no está contemplada en la Constitución (artículo 122 inciso final), toda vez que la misma sanción se establecía constitucionalmente en términos semejantes al artículo que se comenta, con carácter irredimible, es decir, indefinida en el tiempo, razón por la cual, quien sea sancionado por un delito "contra el patrimonio del Estado" no podrá nunca volver a ejercer funciones públicas.

Resulta conveniente la aplicación de la citada sanción, más aún con su nuevo carácter indefinido en razón de los efectos producidos por la inexecutable parcial decretada por la Corte Constitucional, para los casos de delitos "contra el patrimonio del Estado", pues impide que este tipo de personas pueda ser nuevamente vinculada a otro cargo público.

Inclusive, resulta aún más favorable (en cuanto amplía la cobertura de la norma) que la ley emplee el concepto de "funciones públicas" y no el de "cargos públicos" para incluir aquellos eventos en los cuales un particular, sin alcanzar a ser empleado público o tener "cargo público" en los términos legales establecidos en otras partes del ordenamiento jurídico, realiza funciones consideradas como públicas, como el caso de la recaudación de impuestos (caso del IVA, por ejemplo) o de jurado de votación.

Pero, nótese algo importante: la norma (calcada en su texto de la Constitución Política en su artículo 122 inciso final) sólo se refiere a los eventos en que se cometen "DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO", lo que en la práctica significa que se aplique a los delitos de peculado única y exclusivamen-

te o, a lo sumo, a los delitos contra el patrimonio (título XIV del C.P.) que eventualmente afecten el patrimonio del Estado, pero siempre que sean cometidos por servidores públicos, pues ello está claramente señalado en el encabezamiento del citado artículo 59A (art. 17 de la ley 190 de 1.995). De esta manera, quedan por fuera de la inhabilidad (ahora permanente) graves delitos que pueden ser cometidos por servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, como son los demás consagrados por el título III del libro segundo del C.P., es decir, los demás delitos contra la administración pública, lo mismo que otros como los delitos de falsedad en documento público o incluso el de tortura o de homicidio (casos de la fuerza pública, por ejemplo). Todos estos delitos quedan excluidos de tan ejemplar sanción de inhabilidad permanente para ocupar cargos o ejercer funciones públicas. Así las cosas, una persona sancionada por PREVARICATO, por ejemplo, cumplidas sus sanciones penales (principales y accesorias) podrá fácilmente regresar al servicio público, sin limitación alguna.

4.1.2. *EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 190, QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 63 DEL C.P.: LOS SERVIDORES PÚBLICOS*

La mayoría de los delitos contra el bien jurídico de la "administración pública" son de los llamados "delitos especiales", ya que sólo pueden ser cometidos por quienes tengan la calidad de servidores públicos. Son también, en razón de ese mismo sujeto activo, llamados "de sujeto activo calificado".

Anteriormente, el código de 1.936 utilizaba la expresión "funcionario o empleado público", concepto que se consideró bastante limitado en cuanto hacía relación a aquella persona que tenía algún vínculo laboral de carácter reglamentario con la administración pública, dejando por fuera a quienes no tenían una relación contractual pero cumplían funciones públicas e inclusive, a quienes laboraban al servicio de empresas industriales y comerciales del Estado o en las que el Estado tuviera parte (sociedades de economía mixta).

El actual código (decreto 100 de 1.980, artículo 63) en su texto original introdujo la expresión "empleado oficial", con lo cual quiso incluir no sólo a los funcionarios y empleados públicos sino también a los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas y de las fuerzas armadas y a toda persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio o estuviere encargada de un servicio público.

La Constitución Política de 1.991 modificó el concepto de empleado oficial para incluir el concepto de SERVIDOR PÚBLICO en el artículo 123 y, posterior-

mente, en el artículo 18 de la Ley 190 de 1.995 (estatuto anticorrupción) se modificó el texto del artículo 63 del Código Penal para adecuarlo a la nueva normatividad constitucional, siendo esta norma legal la que establece actualmente el concepto de servidor público para los efectos penales, lo que además implicó una reforma de todos los artículos que llevarán incluida la expresión "empleado oficial", al cambiarla por la de "servidor público".

En este nuevo concepto se incluyen como "servidores públicos" y por lo tanto posibles sujetos activos de los principales delitos contra la administración pública a las siguientes personas:

- a. Los miembros de las corporaciones públicas, esto es, Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados y Concejales Municipales y Distritales.
- b. Los empleados y trabajadores del Estado. Aquí se incluyen los integrantes de las tres ramas del poder público, pero además los de los organismos de control (Contralorías, Ministerio Público y Defensoría del Pueblo), lo mismo que los integrantes de la función electoral.
- c. Los trabajadores y empleados de las entidades descentralizadas del Estado, sea territorialmente y/o por servicios (Departamentos, Municipios y Distritos, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta).
- d. Los miembros de la fuerza pública (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional).
- e. Los particulares que ejerzan funciones públicas, sea en forma permanente o transitoria.
- f. Los funcionarios y trabajadores del Banco de la República.
- g. Los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la corrupción. (Creada por el artículo 71 de la Ley 190 de 1.995).
- h. Las personas que, de acuerdo al artículo 338 de la C. Política, administren recursos del Estado. En esta categoría se incluyen los que administren contribuciones fiscales o parafiscales del orden nacional, departamental o municipal.

Esta norma introduce algunas modificaciones en algunos puntos, superando incluso y buscando claridad, al texto básico del artículo constitucional ya citado.

Puede decirse que el punto de partida de la clasificación está en el cumplimiento de "funciones públicas", lo que puede entenderse como el desempeño de una facultad, un empleo o un cargo público o incluso un oficio de tal naturaleza, es decir, el desempeño o cumplimiento de alguna función creada por la Constitución,

la Ley, el decreto, la ordenanza, el acuerdo, el reglamento o simplemente cuando la función es asignada por autoridad competente, independiente de la duración en el ejercicio de la función, ya que puede ser permanente o transitoria.

Sin embargo, el asunto puede ser discutible, principalmente desde el punto de vista del Derecho Administrativo, en la medida en que hoy el concepto administrativo de Función Pública está en cuestión, pues se trata de un concepto dudoso en cuanto a su contenido, más aún teniendo en cuenta las nuevas orientaciones en la conformación y las tareas y fines del Estado Moderno. Tradicionalmente se han tenido como funciones del Estado la de la Seguridad Interior (orden público y vigilancia) y Exterior (defensa exterior) y la de la administración de justicia. Más recientemente se ha considerado que las funciones del Estado son la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial, que son las que ejercen los respectivos órganos, de acuerdo a la distribución de competencias que establece el mismo ordenamiento jurídico (la Constitución Política y la Ley).

Si se analiza el asunto desde esta perspectiva podría decirse que es función pública, toda aquella función o actividad ejercida por uno de estos órganos del Estado para la realización de un determinado fin de los que le son propios.

Pero hoy, dada la tendencia a la reducción del tamaño del Estado y a entregar cada vez más de esas tradicionales funciones a los particulares (en asuntos administrativos por la vía de la contratación, en asuntos de seguridad y orden público con las empresas de vigilancia privada o de las recientemente creadas "Convivir", o en asuntos judiciales por la vía del arbitraje y la conciliación, o cualquiera de los llamados "métodos alternativos de solución de conflictos"), ya resulta discutible el concepto de función pública relacionado con las tradicionales actividades del Estado. Hoy entonces la función pública no está necesariamente asociada al ejercicio de autoridad o de poder público, ni al cumplimiento de tareas propias del Estado. Tampoco parece claro que se pueda asociar la "función pública" a los fines del Estado, más aún en nuestro caso que la Constitución Política establece éstos en forma tan amplia que allí cabría cualquier cosa, pues en su artículo 2o. inciso primero dice que:

"Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo".

No puede aceptarse fácilmente lo que plantea el tratadista Gustavo Penagos, cuando señala que "En todo Estado de Derecho, la función pública está determinada en la Constitución o la Ley. Este principio está consagrado expresamente en el artículo 122 de la Carta Política al decir "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...."²¹ (pág. 185).

Y no puede aceptarse, por cuanto asocia la función pública con el CARGO PÚBLICO, lo que la misma realidad demuestra que no es cierto. Precisamente la contratación de personas particulares que sin adquirir la calidad de "empleados públicos" en el sentido tradicional del término, cumplen típicas funciones públicas, como la de recaudar impuestos (IVA, por ejemplo), sin que alcancen a ocupar "cargos públicos". De ahí que no resulte satisfactoria, para el Derecho Penal, la propuesta del tratadista del Derecho Administrativo.

Cabe preguntar entonces:

Quiénes realizan funciones públicas?

Sin pretender aclarar el asunto, considero que ello se puede resolver para el caso del Derecho Penal, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 63, en su nueva redacción, que señala quienes cumplen ese tipo de función y que en casos concretos debe analizarse si la actividad la está desempeñando un particular, para decidir si se trata de un "SERVIDOR PÚBLICO".

De nuevo es conveniente tratar de precisar, entonces, quienes se entienden incluidos en cada una de las clases de "servidores públicos" de acuerdo al artículo 63 ya citado. Veamos:

a. Los miembros de las corporaciones públicas, esto es, las de elección popular, sea cual sea el nivel en que se encuentren, es decir, el Congreso Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. Los miembros de otros organismos como Juntas Administradoras Locales (JAL) o de Juntas directivas de Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta no siempre se consideran "funcionarios públicos" de la administración, pero sí tienen el carácter de "servidores públicos" en cuanto cumplen funciones públicas o están definidos así por normas especiales.

b. Los Empleados y trabajadores del Estado. Aquí se incluyen no sólo los que tienen una vinculación de carácter legal o reglamentario con el Estado para efec-

tos de desempeñar un cargo público, un empleo público o un oficio público, sino también los antes llamados trabajadores oficiales, esto es, las personas que están vinculadas a la administración pública por medio de un contrato de trabajo y se dedican fundamentalmente a labores en la construcción, sostenimiento y vigilancia de obras públicas, o los que por disposiciones estatutarias de cada entidad tengan tal calidad. (Ver artículo 5o. del decreto-ley 3135 de 1.968).

De lo anterior se deduce que para concretar quienes son trabajadores del Estado se debe atender a ese doble criterio, es decir, a la actividad desarrollada y a la vinculación contractual laboral para la prestación del servicio, sin importar si lo hacen a nivel nacional, departamental, municipal o en los niveles descentralizados por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, como ya se dijo antes).

c. Los miembros de la fuerza pública, en lo que se incluyen no sólo las fuerzas militares (ejército, armada y fuerza aérea) sino también los miembros de la policía nacional, independientemente del rango o la calidad que ostenten.

Los guardas de aduanas y rentas de los diferentes órdenes y en general, los miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación y la Policía Judicial, lo mismo que los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad (organismo de inteligencia del Estado) son también servidores públicos, aunque frente a ellos no sea clara su vinculación a "las fuerzas armadas". Aunque puedan considerarse organismo armado, tienen tareas diferentes y por tanto, no son considerados miembros de las fuerzas armadas, pero sí son servidores públicos.

Debe aclararse que cuando el C.P. se refiere en el nuevo artículo 63 a los miembros de la Fuerza Pública, en cuanto a las fuerzas militares y de policía se aplica de preferencia el Código Penal Militar y sólo en forma excepcional el Código Penal Común, pues aquel es norma especial que se aplica cuando cometan hecho punible militar o común en relación con los actos del servicio. Si en el C.P. Militar no existe un tipo expreso, puede aplicarse el C.P. Común, lo mismo que en actos realizados por fuera de las actividades propias del servicio. De esta forma, se excluyen de la aplicación de las normas del C.P. en lo relacionado con los delitos contra la administración pública.

d. Los particulares que ejercen funciones públicas. Quedan aquí incluidas las personas que sin pertenecer a la estructura administrativa del Estado, cumplen para el mismo funciones públicas en condiciones excepcionales. Es el caso de los árbitros en el respectivo procedimiento arbitral (C. de P. Civil y C.

21 Penagos, Gustavo. "Derecho Administrativo. Parte Especial". Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. sin edición. 1.995. 778 págs.

de P. Laboral), los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas por servicios (Establecimientos Públicos, Sociedades de Economía Mixta y Empresas Industriales y Comerciales del Estado), según lo establecido por el artículo 15 del Decreto 128 de 1.976. (Estos últimos, los miembros de las "Sociedades de Economía Mixta" adquieren la calidad "penal" de servidores públicos cuando el artículo 63 del C.P. dice en su inciso primero "... y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", concepto en el cual el Derecho Administrativo tradicionalmente ha incluido a las sociedades de economía mixta). También, se pueden incluir los conciliadores, los "jueces de paz" los jurados de votación, los antiguos jurados de conciencia (hoy suprimidos en Colombia), los recaudadores de impuestos como el IVA y los que cumplen funciones públicas por contrato de carácter administrativo, sea dentro o fuera de una entidad pública.

Finalmente, el caso de los Auxiliares de la Justicia, se incluye por algunos, aunque puede discutirse respecto de ellos la posible aplicación del delito de abuso de confianza, de acuerdo al artículo 358 en concordancia con el 359 nral 1o., pues a pesar de que sus funciones son discernidas por una autoridad pública (el Juez), esa función en sí misma no reviste el carácter de pública. Además, frente a ellos se podría considerar aplicable el principio de la "especialidad" frente al concurso aparente de normas penales.

No se incluyen, por otro lado, las personas que trabajan para personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos en entidades no oficiales (educación, salud, sanidad, energía eléctrica, acueductos y alcantarillados), salvo que de ellos (de los servicios públicos) pueda sostenerse que son funciones públicas (posibilidad rechazada hoy por el derecho administrativo²²) y que por ello, quienes las realizan cumplen la función pública, de acuerdo a lo que se ha venido diciendo.

e. Los funcionarios y trabajadores del Banco de la República. En este punto se presenta una aparente repetición o una insistencia en algo que ya estaba aclarado de acuerdo a la referencia a los funcionarios y trabajadores del Estado, en la medida en que el Banco de la República es una entidad de carácter oficial. No era necesario entonces incluir esta referencia específica a este tipo de funcionarios.

f. Los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, creada por el artículo 71 de la misma Ley 190 de 1.995, la cual está integrada por siete miembros designados por el presidente de la república, por

período de cuatro años. Las funciones les fueron asignadas por el artículo 73 de la misma ley, y al parecer en la actualidad ya está integrada, aunque no se conoce de su funcionamiento. Parece un ente burocrático, sin funciones reales y que permanece oculta en medio de la administración pública.

g. Los administradores de bienes o fondos parafiscales: En este grupo se incluyen los particulares que administran recursos provenientes de contribuciones parafiscales, esto es, las sumas de dinero que, con autorización de la Ley, ordenanza o acuerdo, puede una persona cobrar a los contribuyentes como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen. Es el caso de los peajes en los casos de concesión, el recaudo del subsidio familiar y de las cuotas de seguridad social.

Es de anotar que todas las previsiones anteriores son también aplicables a los funcionarios "de hecho", es decir, aquellos que han tomado posesión de su cargo siendo su nombramiento nulo (anulable), por faltarle un requisito de forma o de fondo, o aquellos que continúan ejerciendo un cargo por encima del período establecido y para el cual fueron elegidos o nombrados y al funcionario que ejerce sus funciones antes de que se hayan cumplido todas las formalidades legales prescritas en la Ley para que ese ejercicio de la función pública se realice. En esos eventos reconocidos por la doctrina administrativa, el funcionario adquiere o conserva la calidad de "servidor público" y los hechos punibles que cometa en esa situación le son reprochables como al funcionario "de derecho".

Sin embargo, el asunto resulta discutible, pues la calidad de servidor público se adquiere no con el nombramiento sino con la posesión, de tal manera que los principios del derecho administrativo y la conveniencia que se alega para admitir tal clase de "funcionario" no son de pleno recibo para el Derecho Penal, en el que se aplica rigurosamente el principio de legalidad. Igual cosa puede decirse de quien terminó un período y sigue ejerciendo funciones públicas. Distinta es la situación del usurpador de funciones y el simulador de investidura o cargo (un particular), quienes no son funcionarios públicos ni servidores públicos y sus actos están sancionados por los artículos 161 y 163 del Código Penal.

El parágrafo del artículo 18 de la ley 190 que modificó la redacción del artículo 63 del C.P. estableció que la expresión EMPLEADO OFICIAL que se utiliza en el Código Penal o de Procedimiento Penal se cambia por la nueva de SERVIDOR PÚBLICO, en todos los eventos en que aparezca mencionada.

²² Penagos, Gustavo. Ob. cit. pág. 191 y siguientes.

4.1.3. DEL PECULADO POR APROPIACIÓN

El tipo penal del Peculado por Apropiación sufrió algunos cambios, dada la nueva redacción que al artículo 133 del C.P. le diera el artículo 19 de la Ley 190 de 1.995, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. Se aumentó la pena privativa de la libertad, que era de dos a diez años de prisión, y se estableció de seis a quince años de prisión. Esta pena se aplicará en los eventos en que lo apropiado oscile entre 50 y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ocurrencia de los hechos.

b. Se estableció una circunstancia de atenuación punitiva para cuando el monto de lo apropiado no supera el valor de 50 salarios mínimos legales mensuales. Así la pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes, de tal forma que oscilará entre 18 meses y siete años y medio de prisión.

c. Se estableció una agravante punitiva de "hasta la mitad" para el caso de que lo apropiado supere el valor de 200 salarios mínimos legales mensuales.

d. Se amplía la multa, la cual pasa de ser de un mil a un millón de pesos a tener un valor igual a lo apropiado.

e. Se introduce la "tenencia" como una de las formas por las cuales el servidor público pudo haber recibido los bienes de cuya apropiación se trata, la cual no estaba expresamente consagrada en el texto inicial.

f. Ya no se habla sólo de que el bien objeto de apropiación se recibió "por razón de sus funciones", sino que se incluye también "o con ocasión de sus funciones", lo que amplía un poco la cobertura del tipo o por lo menos lo aclara y facilita su aplicación a casos que serían dudosos sin ese giro verbal.

g. Se introduce un nuevo objeto material del delito, al consagrar que pueden ser tal también "los bienes o fondos parafiscales", a los que se refiere el artículo 338, inciso segundo, de la Constitución Política.

Como puede verse, el legislador, en cuanto a su lucha contra el delito de peculado basa su estrategia, fundamentalmente, en el incremento punitivo, el cual resulta aparentemente considerable. Pero, diferentes motivos permiten poner en duda la efectividad de dichas penas:

- Por un lado, el nivel de ineficiencia de la administración de justicia hará que muchos de los casos queden impunes, pues a pesar de ser investigados, la misma investigación es tan demorada que ello permite que se diluyan las pruebas o se deshagan o se desaparezcan de diferentes formas. Por otro lado, si sólo se conoce el hecho tardíamente por parte de los funcionarios judiciales, ello no permitirá aportar

fácilmente las pruebas respectivas. No serán raros tampoco los casos de prescripciones de la acción penal.

- Las penas sólo aparentemente se incrementan, pues subsisten normas que reducen de manera considerable el verdadero quantum de la pena, tales como el artículo 139 que establece el mecanismo del reintegro como elemento propicio para lograr la disminución punitiva, así: Si se produce el reintegro antes de iniciarse la investigación, la disminución puede ser hasta de las tres cuartas partes. Si se hace en el transcurso del proceso, antes de dictarse la sentencia de segunda instancia, la disminución puede ser hasta de la mitad. Si el reintegro es parcial, se puede hacer una rebaja proporcional, siguiendo los parámetros del artículo 61 del C.P..

Además de las anteriores, otras normas procesales introducen motivos de rebaja punitiva aplicables a estos delitos, como el artículo 299 relativo a la rebaja de pena por confesión, lo mismo que las rebajas permitidas por los artículos 37 y 37A, relacionados con la aceptación de cargos y sentencia anticipada, todos ellos del C. de P.P..

En últimas, el principal elemento de la lucha contra este delito, la reforma punitiva, se diluye en su importancia, pues en realidad la posibilidad de que una persona sea sancionada por delitos de esta naturaleza resulta escasa y finalmente la pena pierde mucho de su carácter intimidatorio.

4.1.4. El artículo 138 del Código Penal fue modificado por el artículo 20 de la Ley 190 de 1.995. Se refiere al peculado por extensión. Las modificaciones tienen que ver con los siguientes aspectos:

a. Se estableció que el peculado por extensión puede ser cometido sobre bienes recibidos del Estado "a cualquier título" no sólo en forma de auxilios, como se establecía antes, (los auxilios hoy están prohibidos por la nueva Constitución Política).

En realidad resulta difícil que un particular llegue a administrar bienes o fondos estatales sin dejar de ser particular, o mejor, sin adquirir la calidad de "servidor público", al tenor del nuevo artículo 63 del C.P.. Ello por cuanto, si se trata de sociedades de economía mixta, sin que se determine por dicha norma un límite específico en cuanto al capital estatal, se considera a sus trabajadores y empleados como servidores públicos. Esto se deduce del texto del artículo 63 cuando dice que son servidores públicos, entre otros, "los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". Según la doctrina administrativa, los entes descentralizados por servicios son los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las Socie-

dades de Economía Mixta. Frente a estas últimas no se hace ninguna distinción en cuanto al capital oficial, aunque sí se presenta ello para la aplicación de normas de derecho privado o de derecho público, pero en ambos casos, sin dejar de ser sociedades de economía mixta, es decir, sin dejar de ser una forma de descentralización del Estado, por servicios.

b. En el numeral segundo la conducta se extiende de tal manera que ahora incluye eventos en los que el particular, sin dejar de ser particular (no puede ser un servidor público que como particular ejerce funciones públicas) recaude, administre o custodie bienes de propiedad de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles y de beneficencia.

Resulta totalmente extraño que en este evento se hable de un delito "contra la administración pública", pues este bien jurídico no resulta en lo más mínimo afectado por la referida conducta, pues en los eventos del numeral 2o. del artículo 138 los bienes objeto del dicho peculado son típicamente de carácter privado. Ni el patrimonio ni la honestidad, legalidad o credibilidad de la administración pública se afectan por dicha conducta. El presunto interés público que se argumenta para justificar dicha norma no tiene nada que ver con el bien jurídico que se pretende proteger en este capítulo del título tercero del código penal.

Finalmente, conviene aclarar que la pena estará determinada por el respectivo artículo que establece la conducta sancionada, es decir, por los artículos 133 a 137, pues el 138 establece que la pena será la establecida para cada una de las "conductas en ellos descritas".

4.1.5. EL ARTÍCULO 140: EL DELITO DE CONCUSIÓN

En este punto prácticamente la única modificación fue la de aumentar la pena, pues en la descripción de la conducta sancionable no hubo ningún retoque o cambio. La pena privativa de la libertad quedó de cuatro a ocho años de prisión. Antes estaba entre dos y 6 años de prisión. También se modificó la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y se introdujo la multa, equivalente a de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.1.6. EL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 190 Y EL 141 DEL C.P.:

EL DELITO DE COHECHO PROPIO

Al respecto, la única modificación fue la de aumentar las penas hasta el punto en que se igualó con la pena por el delito de concusión. Antes la pena de prisión era de uno a cinco años.

4.1.7. EL ARTÍCULO 23: COHECHO IMPROPIO

Como se sabe, el artículo 142 contempla dos modalidades de cohecho impropio. La primera, que podría llamarse básica, resultó modificada en cuanto a la pena. Se aumentó de 6 meses a dos años que era su quantum en el texto inicial del C.P. a de tres a seis años de prisión, además de la multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

El llamado cohecho impropio "aparente" tiene una pena nueva, de 1 a 5 años de prisión y multa de 30 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

4.1.8. EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY 190 Y EL 143 DEL C.P.:

EL DELITO DE COHECHO POR DAR U OFRECER

La Pena se incrementó, para pasar de tres meses a dos años de arresto a ser de tres a seis años de prisión. Se modificó la multa, al pasar de \$1.000.00 a 20.000.00 a ser de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La interdicción de derechos y funciones públicas se iguala a la pena principal y se introduce como pena adicional la "prohibición de celebrar contratos con la administración por el mismo término de la pena principal". Esto seguramente se debe a su carácter de particular.

Este artículo trae en su texto original en la ley 190 de 1.995 un párrafo relacionado con la iniciación de la investigación, el denunciante-autor y su favorecimiento con la cesación de procedimiento. El citado párrafo fue declarado inexecutable por la Corte constitucional en sentencia C-709 de diciembre 19 de 1.996, M.P. Antonio Barrera Carbonell, por considerar que esta norma generaba impunidad, lo que resulta inconstitucional.

4.1.9. ARTÍCULO 25 DE LA LEY 190 Y EL ARTÍCULO 147 DEL C.P.:

DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

En este evento se incluyó como modificación la expresión "cualquier beneficio" para darle mayor claridad y mejorar su aplicabilidad.

Se aumentaron también las penas. La prisión se aumentó porque quedó de cuatro a seis años y estaba de seis meses a cuatro años. Se aumentó la multa, que pasó de ser de \$1.000.00 a 50.000.00 a ser de 50 a 100 salarios mínimos legales

mensuales. La interdicción de derechos y funciones públicas se igualó a la pena principal.

4.1.10. EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 190 Y EL ARTÍCULO 148 DEL C.P.: DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDOR PÚBLICO

Este artículo estableció simplemente un incremento punitivo para este delito. Aumentó la pena privativa de la libertad que pasó de ser de uno a ocho años a ser de dos a ocho años de prisión. Aquí se observa solamente un aumento que en términos porcentuales frente a la pena mínima es del 100%, pero en realidad no se trata de un aumento significativo como ocurrió en otros delitos como el peculado por apropiación, el cohecho en sus diferentes modalidades e incluso el tráfico de influencias. Ello resulta extraño, en la medida en que es por este delito que con frecuencia se han sancionado personajes importantes de la vida nacional como senadores y representantes a la Cámara y el mismo es un delito de carácter subsidiario (aún en contra de lo dicho por la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad y su carácter autónomo, en sentencia C-319 de 1.996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) que se aplica cuando el enriquecimiento no constituye un delito diferente debidamente acreditado. En este orden de ideas, cuando no se acredita un delito de prevaricato, por ejemplo, o un delito de concusión, pero resulta evidente el incremento patrimonial no justificado, se recurre a la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito de servidor público. De ahí la importancia de un incremento punitivo considerable en este delito, más aún que ese es un delito relativamente fácil de acreditar, en la medida en que resulta difícil esconder el dinero, las propiedades o los bienes en general obtenidos ilícitamente, pues el sistema financiero, el sistema de registro de instrumentos públicos o incluso la forma de regulación de la propiedad de vehículos hacen que ello siempre conste en alguna entidad oficial. Pareciera que los legisladores, "sintiendo pasos de animal grande" pretendieron protegerse con una reducida pena privativa de la libertad, que en principio daría lugar a la excarcelación durante el proceso y al subrogado de la condena de ejecución condicional, en el evento de una sentencia condenatoria.

Se aumentó también la multa, que podía fluctuar entre \$20.000.00 y \$2.000.000.00, y paso a ser de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La interdicción de derechos y funciones públicas quedó en el mismo término que la pena principal.

4.1.11. EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 190 Y EL ARTÍCULO 148A DEL C.P.: DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Se crea un delito nuevo, semejante al ya establecido en el artículo 155 relativo a la "Utilización de asunto sometido a secreto o reserva", pero relacionado con la utilización indebida de información privilegiada para obtener un provecho económico para sí o para un tercero. La pena se estableció en prisión de dos a seis años e interdicción de derechos y funciones por un período igual al de la pena principal. Extrañamente, no se asignó pena de multa como en los demás delitos de cincuenta a cien salarios mínimos legales.

4.1.12. EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 190 Y EL ARTÍCULO 149 DEL C.P.: EL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN

Se mantiene igual su estructura y redacción a la consagrada en el texto original del Código Penal, pero se incrementa la pena privativa de la libertad que era de 1 a 5 años de prisión y pasa a ser de 3 a 8 años de prisión. Se introduce la multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se mantiene igual a la pena principal de prisión.

4.1.13. EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY 190 Y EL ARTÍCULO 150 DEL C.P.: EL DELITO DE PREVARICATO POR OMISIÓN

La estructura permaneció igual a la original del código penal, pero se incrementó la pena (principales y accesoria) para igualarla a la del prevaricato por acción.

4.1.14. EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 190 Y EL ARTÍCULO 151 DEL C.P.: EL DELITO DE PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL

Se modificó por el artículo 30 de la Ley 190 de 1.995 la redacción en cuanto antes se decía "...persona que gestione cualquier asunto en su Despacho..." y ahora se dice "... persona que gestione cualquier asunto público de su competencia...".

No resulta tan provechosa la modificación en términos de la ampliación de su cobertura (cambiar "Despacho" por "competencia") pues en realidad será difícil que esos conceptos puedan separarse. Podría decirse que se presentaría alguna diferencia cuando existen varios funcionarios con competencia para resolver un

asunto específico, pero en realidad allí tampoco es visible el beneficio de la nueva redacción, en la medida en que la competencia sobre un asunto público se adquiere por la conjunción de dos elementos: por la disposición legal que asigne en principio la competencia en abstracto y por el hecho de que efectivamente llegue a conocimiento o competencia un asunto público específico. Mientras un asunto no esté en conocimiento de un funcionario en particular, no puede decirse que se trata de un asunto de su competencia, así esté siendo conocido por otro funcionario de igual categoría. (Ej.: En el caso de la existencia de varios jueces civiles del circuito, como en Medellín).

4.1.15. EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 190 DE 1.995:

MODIFICACIONES A OTRAS PENAS DE MULTA

El artículo 32 citado estableció lo siguiente:

“Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan pena de multa, esta será siempre entre diez y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con la dosificación que haga el juez”.

En los anteriores términos, dicha norma tiene efectos sobre los siguientes artículos del C.P.:

a. Art. 152 sobre “ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO”.

b. Art. 153 sobre “ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA”.

c. Art. 154 sobre “REVELACIÓN DE SECRETO”.

d. Art. 155 sobre “UTILIZACIÓN DE ASUNTO SOMETIDO A SECRETO O RESERVA”.

e. Art. 157 sobre “ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES”.

f. Art. 159 sobre “EMPLEO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA”.

4.1.16. EL ARTÍCULO 31 DE LA LEY Y EL ARTÍCULO 177 DEL C.P.:

EL DELITO DE RECEPCIÓN, LEGALIZACIÓN, Y OCULTAMIENTO DE BIENES

PROVENIENTES DE ACTIVIDADES ILEGALES

La nueva redacción del artículo 177 del C.P. amplía de manera considerable el contenido del tipo penal, dentro de los delitos no contra la administración pública sino contra el bien jurídico de la administración de Justicia. Tiene sujeto activo

indeterminado y como sujeto pasivo al Estado. Con él se ha pretendido fortalecer la lucha contra el lavado de activos provenientes del narcotráfico, principalmente que es conducta delictual, se cree, propia de organizaciones delincuenciales. Efectivamente, puede decirse que el artículo trae varias conductas diferentes, conductas alternativas, una de las cuales es la de “lavado de activos” y se aplica sólo a quienes no han participado en la comisión del delito que dio origen al objeto material de la ocultación o legalización.

También se hace un incremento punitivo en lo que tiene que ver con la pena privativa de la libertad, pues se pasa de seis meses a cinco años de prisión a una pena de tres a ocho años de prisión y si el valor de los bienes excede el valor de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la consumación del hecho, la pena es entre cuatro y doce años de prisión. Se suprime la multa y se establecen agravantes especiales en los numerales 1, 2 y 3 que implican aumentos de la pena a imponer entre la mitad y las tres cuartas partes.

4.2. NORMAS PROCESALES MODIFICADAS POR LA LEY 190 DE 1.995

4.2.1. El artículo 33 establece la RESERVA de las diligencias preliminares disciplinarias, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control (Contralorías y Dependencias que adelantan procesos disciplinarios) dentro de los procesos disciplinarios y de control fiscal, lo mismo que los respectivos descargos. Los fallos sí tienen la calidad de públicos.

Esta norma modifica lo establecido en el decreto 482 de 1.985, reglamentario de la Ley 13 de 1.984 en lo relacionado con la publicidad del proceso disciplinario. Igualmente el artículo 19 de la Ley 57 de 1.985 que establecía la publicidad de los procesos disciplinarios y las actuaciones administrativas.

Es obvio que la reserva no afecta al investigado, quien en todo momento debe tener acceso al expediente para los efectos de la defensa, no obstante que en el Código Disciplinario aparecen normas que parecieran ser contradictorias entre sí o por lo menos pueden generar inconvenientes en su interpretación, como son los artículos 73 literal a), 77 numeral 2o) y 144 numeral. 5o.), puesto que el numeral 2o. del artículo 77 establece que el investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de los cargos, según el caso.

Por otro lado, el artículo establece que será causal de mala conducta la violación de la reserva del sumario. Además, precisa que no es posible la

publicación de extractos de las actuaciones y del desarrollo de la investigación antes del fallo, aunque esta parte fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-054 de 1.996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por último, el artículo se refiere a que en caso de violación a la reserva, procederá la investigación pertinente (no tenía que decirlo) y la entidad debe dar explicaciones sobre el asunto a la opinión pública.

Cabe preguntar: en qué se afecta o como ataca a la corrupción esta norma?. Qué razón de ser tiene esta norma, en términos de la finalidad de la Ley 190?. No será que lo que se busca es precisamente facilitar la corrupción del funcionario investigador?. No sería mejor, en busca de una mayor y más efectiva vigilancia sobre la transparencia de la actuación sancionadora de los organismos de control que se permita la publicidad total de sus actuaciones?. Es obvio que esta norma nada tiene que ver con la lucha contra la corrupción. Antes, por el contrario, la facilita por cuanto la reserva permitirá que todo quede internamente, dentro de la autoridad investigadora, sin control de la ciudadanía, ni de los periodistas, ni de la opinión pública, ni del ministerio público cuando no sea él el que adelante la investigación disciplinaria.

Ahora bien, la norma puede ser bien intencionada en lo relacionado con el derecho a la intimidad y el buen nombre del investigado, e incluso, puede permitir que por la reserva se eliminen muchos comentarios o interferencias que afecten la imparcialidad del investigador o incluso evita que existan injerencias indebidas en el proceso, pero ello nada tiene que ver con la corrupción. En vez de atacarla, debilitarla, la facilita.

4.2.2. El artículo 34 de la ley 190 modifica el artículo 569 del C. de P.P. (decreto 2700 de 1.991) en lo relativo a la extradición de una persona que esté en el exterior y a la que se le siga proceso penal en Colombia.

Al respecto, ahora basta con que se haya dictado medida de aseguramiento de detención preventiva en el proceso que se le sigue en Colombia. Igualmente, se disminuye la pena mínima exigida como requisito para que proceda el trámite de la solicitud (dos años de prisión como mínimo, cuando antes era de cuatro años), lo cual se realiza a través del Ministerio de Justicia.

Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en los tratados públicos.

Así, según la nueva norma, puede solicitarse la extradición en la etapa sumarial o del juicio o aún en la segunda instancia por el funcionario que conoce del proceso en cada una de las etapas.

Cabe preguntar nuevamente: en qué medida esta norma nueva (art. 34 de la Ley 190 de 1.995) incide en la disminución de la corrupción?. En realidad, sólo en una forma muy tangencial, puesto que puede ocurrir que un funcionario o exfuncionario corrupto se haya refugiado en el exterior para eludir la acción de la Justicia en Colombia. Con la nueva norma se anticipa el momento a partir del cual se puede pedir su extradición al país, pues antes se exigía por el texto original del decreto 2700 de 1.991 (C. de P.P.) la resolución de acusación ejecutoriada. Pero, la posibilidad de aplicación de esta norma es muy reducida, pues difícilmente habrá funcionario o exfuncionarios investigados que puedan refugiarse en el exterior. Podemos mencionar los casos de Roberto Soto Prieto en la década de 1.980 y recientemente del señor Fabio Puyo Vasco, exgerente de la empresa de energía eléctrica de Bogotá.

Por otro lado, la disminución punitiva para pedir la extradición no tiene mayores efectos en el caso de los funcionarios públicos que se encuentren huyendo en el exterior, toda vez que de los delitos contra la administración pública varios quedaron con penas que aún con la norma anterior permitirían la solicitud de la extradición (cuatro años de prisión, como mínimo).

Así las cosas, la norma en cuestión será de poca aplicación en lo que tiene que ver con la lucha anticorrupción. Su aplicación a otros casos diferentes será muy útil en la persecución de los sindicatos de cualquier delito (terrorismo, homicidio, narcotráfico, etc.) que se escondan en el exterior, pero mirado desde la ley anticorrupción, su efectividad es bien discutible.

4.2.3. El artículo 35 introduce un texto relacionado con el embargo y secuestro de bienes del procesado, estableciendo que:

a. El funcionario de conocimiento en el proceso penal (fiscal en la instrucción o el juez en el juicio), una vez profiera la medida de aseguramiento (que dicho sea de paso es el requisito que establece ya el artículo 52 del C. de P.P. para poder decretar embargo y secuestro de bienes del procesado) en la cual además decreta embargo y/o secuestro o el decomiso de bienes del sindicado que estén sometidos a la formalidad del registro, debe enviar inmediatamente el oficio respectivo al funcionario de registro de instrumentos públicos. Nada nuevo en realidad pues se trata de la forma natural de ejecutar una medida de esa naturaleza.

b. El registrador debe anotar la medida preventiva sobre los bienes del sindicado, sin necesidad de turno y sin costo.

c. Finalmente, se establece que la entrega definitiva se hará una vez ejecutoriada la providencia que así lo disponga, a la cual se le establece el grado jurisdiccional de la consulta.

En cuanto al envío del oficio al registrador, ello no es más que la materialización de la medida preventiva sobre los bienes que se ha decretado por el fiscal o el juez. Es una norma que se aplica para todo proceso penal, no sólo para los derivados de los delitos contra la Administración Pública o contra el Estado, etc., es decir, los delitos que implican la posibilidad de que exista corrupción. Aquí nada nuevo se está disponiendo.

En cuanto a que no tiene que someterse a turno la inscripción en la oficina de registro, ello es positivo para las investigaciones penales en general, ya que evita que el sindicado utilice maniobras para insolventarse antes de la efectividad de la medida preventiva decretada y evita que dentro de la oficina de registro se le "ayude" para que posibles ventas se inscriban antes que el embargo decretado en el proceso penal.

Lo de la falta de costo es beneficioso, dado que no es posible que el fiscal o el juez deban cancelar los costos del registro, pues obvio que el sindicado no lo hará y no siempre existirá parte civil que haga el gasto, o puede existir ella pero ejercida por la misma administración, que no tiene facilidades para disponer lícitamente de su dinero.

En cuanto a la consulta de la entrega definitiva de los bienes embargados y/o secuestrados, esta norma genera límites a la acción autónoma del funcionario. El hecho de exigir la ejecutoria de la decisión de entrega definitiva de bienes del procesado, previo trámite del grado jurisdiccional de la consulta, implica que esa decisión debe ser objeto de revisión por el funcionario de segunda instancia ante quien se surte la consulta, el cual puede revisar toda la decisión (por ejemplo la sentencia absolutoria o una resolución de cesación de procedimiento, integralmente), sin limitación alguna. Así se introdujo nuevamente la consulta para las sentencias absolutorias, lo cual es aplicable a todos los procesos penales, con lo cual se está modificando el artículo 206 del C. de P.P. que establece cuáles son las providencias consultables.

Extraña un poco esa norma que amplía la cobertura de la consulta. Tal como está redactada parece más bien que se refiere a todos los procesos penales en los que haya medidas cautelares sobre bienes del procesado y no sólo a los procesos por delitos contra la administración pública. Y digo que extraña puesto que la consulta pareciera estar concebida constitucionalmente como una garantía para la

parte débil del proceso, como lo es el sindicado, y que en sana lógica debiera operar en su favor cuando, por ejemplo, ha sido representado por defensor de oficio o defensor público. Pero, tal como se redacta la norma, parece implicar una desconfianza especial sobre los fiscales y jueces que pueden proceder en contra de los intereses de la parte civil, de la sociedad o de la ley.

Pero, la norma así vista no se justifica, en la medida en que si existe parte civil, ella es quien debe apelar las entregas definitivas de bienes o las absoluciones de los procesados y si no existe parte civil en el proceso penal, el mismo fiscal puede apelar una sentencia absolutoria proferida por el juez o inclusive puede hacerlo el ministerio público en cumplimiento de su labor de representante de la sociedad y vigilante de la legalidad.

Resulta pues extraña la norma y pareciera que el legislador tiene motivos especiales para dudar de aquellos funcionarios que absuelven al procesado o le entregan definitivamente sus bienes, lo cual es por lo menos odioso y hasta afrentoso con estos funcionarios. Puede preguntarse: Quien reconoce derechos al procesado, es siempre motivo de duda para el legislador?.

4.2.4. Establece el artículo 36 de la Ley 190, como obligatoria, la constitución de parte civil de la entidad ofendida, cuando se trata de delitos contra la administración pública. Para ello se establece también que el funcionario de instrucción debe informar al representante legal de la entidad ofendida que se abrió la correspondiente investigación penal. Así se garantiza que se pueda proceder como lo exige la ley. El incumplimiento de esta obligación constituye causal de mala conducta del funcionario judicial.

Esta norma es nueva en cuanto establece la obligatoriedad de la constitución de parte civil en este tipo de procesos, aunque desde antes existía esa misma posibilidad, pues el artículo 43 del C. de P.P. autorizaba para ello no sólo al perjudicado (persona natural o jurídica) debidamente asistido por apoderado para el efecto, sino también al Ministerio Público, en representación de la Sociedad.

No puede decirse con toda certeza que esa norma tenga mucha influencia respecto de las conductas que pretenden controlarse (la corrupción en todas sus modalidades). Bastaba la voluntad política del representante legal de la entidad afectada para que se procediera a la constitución de parte civil en el proceso penal. De igual manera, si lo que la norma busca es proteger el patrimonio público, debió extenderse no solamente a los delitos contra la administración pública sino también a todos los delitos que generen perjuicios para la administración pública o el Estado y para el patrimonio económico de las enti-

dades oficiales, independientemente de la calidad del sujeto activo del delito, es decir, con independencia de que sea un funcionario público en ejercicio de sus funciones o no, o sea un particular.

4.2.5. El artículo 37 establece que las medidas preventivas del artículo 52 del C. de P.P. proceden no sólo para garantizar el pago por el sindicado de los perjuicios ocasionados con el delito, sino también para garantizar el pago de las multas que se hayan impuesto en la sentencia condenatoria. Esto es así, tanto si se trata de delitos contra el Estado, como en todos los delitos que lleven aparejada pena de multa.

Cabe preguntar respecto de esta norma: Qué relación directa tiene con la corrupción?. Ninguna. Es cierto que ella busca ampliar la cobertura de la protección de los intereses públicos respecto del pago de las multas, además del pago de los perjuicios que se hayan causado a la administración. Pero tal norma abarca a todos los delitos que lleven aparejada pena de multa y no se refiere exclusivamente a los delitos que puedan implicar conductas corruptas de los funcionarios. De ahí que no sea una norma específica de la defensa de la honestidad de los funcionarios. Obviamente, la norma es beneficiosa, aunque, por otro lado, si se tiene en cuenta que el patrimonio del deudor, en este caso el condenado a sanciones penales, es prenda general de sus obligaciones (según el artículo 2488 del Código Civil), la norma nada especial aporta en este sentido.

4.2.6. El artículo 38 consagra una extensión de la aplicación del artículo 27 nral. 1o. de la Ley 24 de 1.994 (Ley de la Defensoría del Pueblo) en lo relacionado con la posibilidad de darle curso a investigaciones penales y disciplinarias, con base en quejas anónimas o que carezcan de fundamento. La norma citada por el artículo 38 de la Ley 190/95 establece que la Dirección de Atención y Trámite de Quejas no puede iniciar investigación o trámite alguno para quejas anónimas o sin fundamento, situación que se hace obligatoria, por la misma norma, para todo el ministerio público.

Pero, con respecto a esta norma cabe también preguntar: Qué relación tiene ella con la lucha anticorrupción?. NINGUNA. Es decir, la norma nada aporta y antes por, el contrario, permite que algunas quejas, por el sólo hecho de ser anónimas, no sean tenidas en cuenta ni siquiera para iniciar una indagación preliminar para confirmar o desvirtuar la citada queja, la cual puede ser real, tener bases ciertas, pero se hace anónima para evitar amenazas o represalias de los posibles infractores. Los anónimos no siempre son perjudiciales y si bien pueden no dar pie, por sí solos para iniciar un proceso penal o disciplinario propiamente dicho, por lo menos sí pueden permitir una investigación preliminar que pueda, con la ayuda de

otros medios probatorios, posteriormente facilitar la iniciación de un proceso penal o disciplinario o definitivamente archivar el asunto. La norma entonces inhibe cualquier trámite derivado de quejas anónimas.

4.2.7. El artículo 81 sobre las Garantías Procesales establece varias cosas que es pertinente separar, aunque ninguna de ellas es realmente nueva:

Sostiene el inciso 1o. que no habrá retroactividad de la Ley, salvo el principio de favorabilidad (no tenía que decirlo) y que debe existir plena prueba de un hecho para que pueda el funcionario sancionar. En esto, ya la Constitución Política había introducido unas normas relacionadas con el principio de favorabilidad y la presunción de inocencia. El código penal y el de procedimiento penal también tienen regulación en el mismo sentido. Por otro lado, los artículos 8o., 9o., y 15 de la Ley 200 de 1.995 repiten estos principios constitucionales, razón por la cual la norma del artículo 81 inciso primero de la Ley 190 nada nuevo dice y, además, en nada se relaciona con la lucha anticorrupción.

El inciso segundo del artículo 81 de la Ley 190 se refiere a la necesidad de plena prueba respecto de la autoría y la responsabilidad penal, disciplinaria o contravencional. Dicha norma tampoco dice nada nuevo, en la medida en que es una derivación del derecho constitucional de la presunción de inocencia, (art. 29 de la C. Política.), como parte del debido proceso. Para que alguien sea declarado responsable debe el Estado, quien tiene la carga de la prueba, demostrar en un debido proceso que el sindicado o disciplinado es responsable de los hechos que se le imputan.

Igual cosa ocurre con respecto al inciso tercero del artículo 81 de la Ley 190/95, en la medida en que el principio del in dubio pro reo es derivación también de la presunción de inocencia. Estos principios aparecen consagrados en el Código Procesal Penal en los arts. 2o., 247 y 445 y el Código Disciplinario la consagra en el artículo 6o..

Cosa semejante ocurre con el inciso cuarto del artículo 81 de la Ley 190/95 al referirse al principio de la presunción de inocencia. Nada nuevo dice, pues sus disposiciones son más propias de un código (penal, contravencional o disciplinario). Allí ya se encuentran y además están respaldadas constitucionalmente.

Finalmente, el artículo 81 en su inciso quinto establece que debe hacerse saber al imputado penal o disciplinario que en su contra se ha iniciado un proceso penal, contravencional o disciplinario, para que pueda ejercer el derecho de defensa. Esta norma también es propia de un código procesal penal o disciplinario. En cuanto al proceso penal es una norma nueva ya que en él no existe una norma que

establezca tal obligación para el fiscal y en el proceso disciplinario ya hay previsiones al respecto, como el artículo 144 numeral 5o., para garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

Cabe preguntar también: qué tiene que ver esta norma con la lucha anticorrupción?. NADA. Qué hace esta norma en un estatuto anticorrupción que, como su nombre lo indica, tiene como finalidad luchar contra este flagelo social?. Nada. Es una norma especial de procedimiento penal o disciplinario y es propia de tales estatutos. Nada nuevo aporta y su existencia en la Ley 190 de 1.995 es, por lo menos, sorprendente e innecesaria.

4.2.8. El artículo 82 de la Ley 190 de 1.995 modifica el artículo 414A del C. de P.P. en lo relacionado con el control de las medidas preventivas que se dicten sobre bienes del procesado o en general las medidas que afecten la posesión, propiedad, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles en el proceso penal. Dicha norma amplía la posibilidad de revisión de la Legalidad de las medidas sobre bienes del sindicado por parte del juez, cuando ellas han sido decretadas por el fiscal.

Esta norma es nueva, pues antes no era posible revisar la legalidad de tales decisiones, ya que esto sólo era posible en cuanto a la medida de aseguramiento decretada al sindicado, es decir, caución, detención preventiva o conminación.

Pero, tal norma tiene algún efecto positivo en la lucha contra la corrupción?. Será que también son objeto de duda del legislador los fiscales en cuanto a la legalidad de las decisiones que implican medidas preventivas sobre bienes del procesado?. Creo que esta norma es también odiosa con los Fiscales que son los destinatarios de la duda del Legislador en este punto, al igual que ocurre con el artículo 414A del C. de P.P. que fue introducido por la Ley 81 de 1.993 en su artículo 54 y que aparece reproducido en el primer inciso del artículo 82 que ahora se comenta brevemente. Podría decirse que en cuanto a las medidas de aseguramiento se justifica la revisión de legalidad por el juez en vista de la importancia del derecho del sindicado que está siempre implicado en una decisión de esta naturaleza (la libertad personal). No ocurre lo mismo cuando se trata de bienes del mismo sindicado o de los intereses del perjudicado o del ofendido.

No es claro qué es lo que pretende el legislador con esta norma, puesto que su relación con la lucha anticorrupción no aparece con facilidad. Puede pensarse que se duda de los fiscales de dos maneras:

- Si se pretende proteger los intereses del procesado en cuanto puede su patrimonio ser afectado injustamente por acto arbitrario o ilegal de parte del fiscal que

adelante la investigación, debe tenerse presente que el sindicado siempre cuenta con un defensor, al menos uno de oficio y sería éste el llamado a defender íntegramente los intereses del procesado, a través de los recursos ordinarios contra las decisiones que afecten su patrimonio. De igual forma, es misión del Ministerio Público la defensa de la legalidad y su labor puede llegar a beneficiar al procesado si sus derechos resultan conculcados.

- Si se pretende proteger los intereses de la parte civil, pues ella puede resultar perjudicada con las decisiones del fiscal que ordena la entrega definitiva o devolución de bienes del sindicado, por qué no considerar que tales derechos están suficientemente garantizados por la actividad del apoderado de la parte civil o por el mismo ministerio público? No parece entonces lógica la norma.

Finalmente, cabe preguntar, a qué se deberá el hecho de que el estatuto anticorrupción trae dos normas tan exigentes en lo relacionado con el patrimonio del procesado. Ya reseñamos el artículo 35 de la Ley que establece la consulta para la decisión que dispone la entrega definitiva de bienes a particulares en el proceso penal. No será ya ésta suficiente garantía de los derechos de la parte civil, de tal forma que lo establecido por el artículo 82 de la Ley 190 puede considerarse innecesario, más aún si para que proceda el control de legalidad de esta última norma se exige que la decisión ya esté ejecutoriada?

La Ley 190 trae otras normas, tales como las que pretenden regular el régimen financiero ejercido por la Superintendencia Bancaria que se amplía a las vigiladas por la Superintendencia de Valores, establece la obligación de denunciar ante la Fiscalía General de la Nación todo acto irregular o delictivo de que se tenga conocimiento por los funcionarios encargados del control, hecho este que no es nuevo, pues existe como una obligación constitucional y legal de los servidores públicos la de denunciar los hechos delictivos de que se tenga conocimiento. Además, se amenaza con sanciones a quienes incumplan esas normas, lo que tampoco debía decirlo esta ley, pues el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ya lo establecía como sanción disciplinaria y se ha reconocido desde hace tiempo la posibilidad de aplicar simultáneamente sanciones disciplinarias y penales por un mismo hecho, con lo cual estas normas no dicen nada nuevo.

Además, en el artículo 45 se establece un control sobre las entidades sin ánimo de lucro, pero en esencia lo difiere al momento en el cual el Gobierno nacional lo reglamente. El artículo 46 establece como sanción la cancelación de la personería jurídica de la entidad sin ánimo de lucro que de a los recursos recibidos del Estado una destinación diferente o indebida a la establecida por el objeto social o la autorización del Estado al entregar los recursos. Esta norma, si bien amplía la sanción

a la entidad cuando no presentan tales eventos, en cuanto a los funcionarios encargados de la administración de la misma no hace ninguna diferencia, pues ya podrían ser sancionados, de acuerdo al artículo 138 numeral 1o. del C.P., como autores de un delito de peculado por extensión.

En cuanto al control social (artículos 48 y siguientes), así se denomina el presunto control que haría la ciudadanía de las actuaciones de las entidades oficiales y los funcionarios públicos, la ley dispone la obligación de establecer en cada entidad una línea telefónica a través de la cual se denuncien los hechos irregulares de que se tenga conocimiento. Esta norma poco ayudará al cumplimiento de ese "control social" pues en Colombia no existe una "cultura ciudadana del control de las entidades públicas, además de que las irregularidades no siempre son evidentes, ni se conocen públicamente. Así, la norma quedará también sin mayor efectividad. Estas normas están relacionadas con otras del mismo estatuto que se refieren a la obligación de informar a la Comisión Nacional para la Moralización (creada por el artículo 67) y a la Comisión Ciudadana de Lucha contra la corrupción (creada por el artículo 71) sobre las actuaciones, proyectos y planes que se van a ejecutar en una determinada vigencia fiscal, previa reglamentación por parte del Gobierno nacional. Adicionalmente se establece el derecho de todo ciudadano a estar informado de las actuaciones de las entidades públicas y privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos del Estado, lo que no es nuevo, pues dichas actuaciones deben ser públicas y la ciudadanía puede acceder, vía derecho de petición, a los informes respectivos.

Las dos Comisiones creadas por la Ley en sus artículos 67 y 71 tienen funciones en cuanto al control y vigilancia de las entidades oficiales y privadas que cumplan funciones públicas, trazar políticas que busquen controlar la corrupción, velar por la coordinación entre las entidades encargadas del control, etc.. Hoy, cerca de tres años después de su establecimiento, nada se sabe de su conformación, de sus actuaciones y de su funcionamiento. En fin, se trata de dos entes burocráticos sin resultados visibles en su gestión, conformados con personas allegadas al Gobierno Nacional, cuya función difícilmente podrá llegar hasta ser un instrumento idóneo para el control de la corrupción que existe entre el mismo gobierno.

Así las cosas, revisada la parte fundamental de la Ley 190 de 1.995 (Estatuto Anticorrupción) considero que está demostrada la hipótesis inicial, en el sentido de que ella poco ayudará para "quebrarle el espinazo" a la Corrupción. La norma resultará finalmente afectando sólo a funcionarios menores que se constituirán en verdaderos "chivos expiatorios" y eventualmente a uno que otro "pez gordo" de la política. Pero el sistema político seguirá funcionando como lo viene haciendo hasta

ahora, las cosas seguirán siendo las mismas, pero con una gran ventaja para el sistema político, sus instituciones y sus integrantes: el sistema resulta fortalecido, legitimado ante la opinión pública que ingenuamente cree que esta norma va a solucionar el problema de la corrupción. Nada más iluso. La norma en cuestión no toca para nada el sistema clientelista, no busca una verdadera modernización del sistema político, de las prácticas políticas, de la visión ciudadana de la política. No influye para nada en la cultura política y por lo tanto, al no enfrentar de fondo el problema de la corrupción, resulta convertida en un instrumento más, en un mecanismo absolutamente ineficiente frente al problema que se dice querer enfrentar. Así las cosas, todo seguirá igual y en unos años diremos que "nada pasó por aquí".